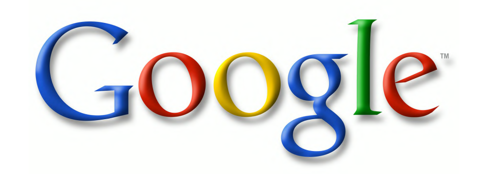
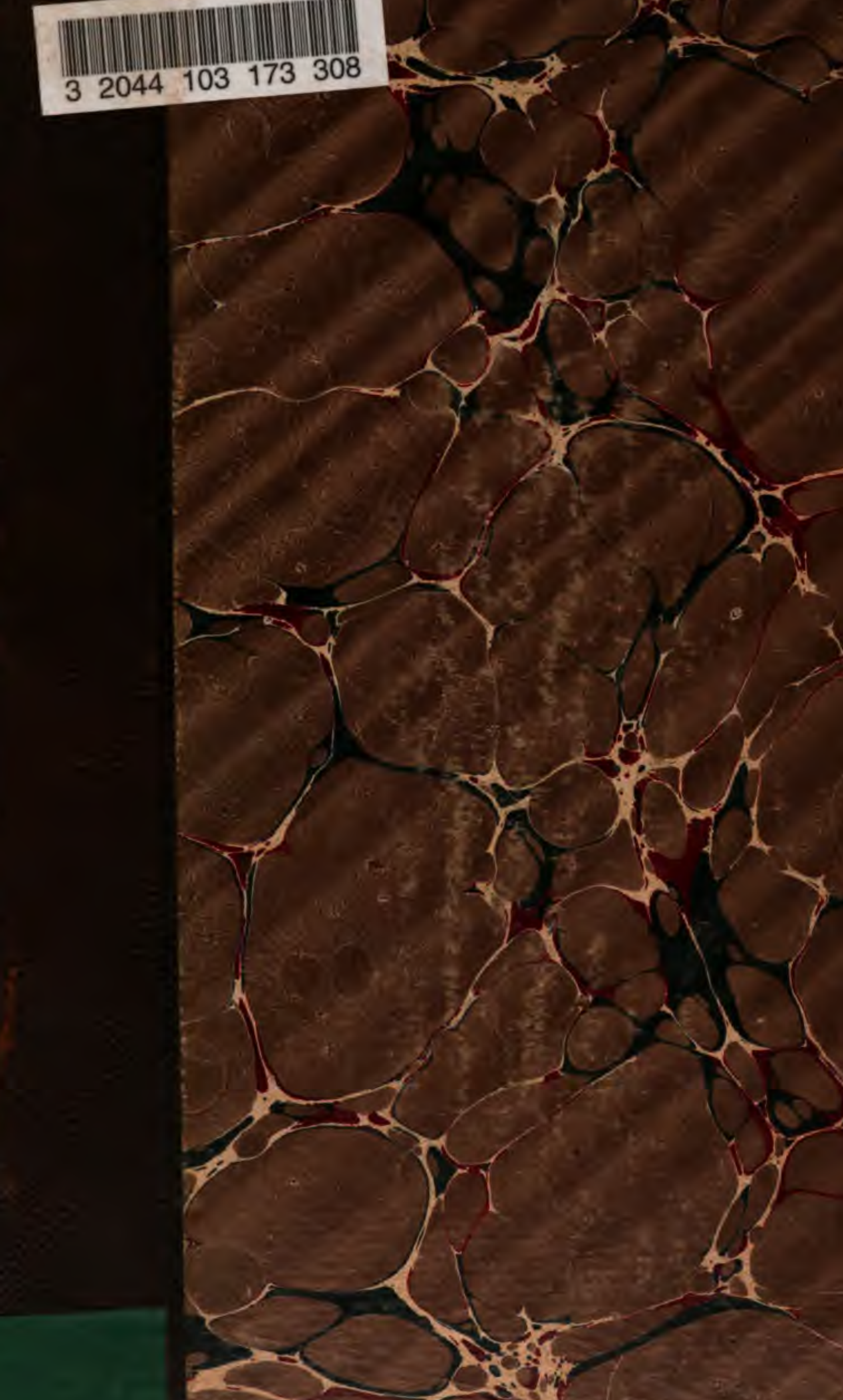

Google




HARVARDIANAE
ACADEMIAE
SIGILLVM
IN
NOV
ANG
CHRISTO
ET
ECCLESIAE
VE
RI
TAS

France

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

PAR

Ch. BEUDANT

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
DOYEN HONORAIRE

PUBLIÉ PAR SON FILS

ROBERT BEUDANT

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

LA VENTE ET LE LOUAGE

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—

1908

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

1. Au livre III du Code civil, le titre VI traite *De la vente* le titre VII *De l'échange*, le titre VIII *Du contrat de louage*. Nous avons indiqué par avance le lien qui rattache ces trois titres à la théorie des contrats et des obligations, telle qu'elle est présentée par le Code dans les titres III et IV du livre III[1]. Ces deux derniers titres énoncent les règles qui sont communes à toutes les conventions et suffisent à la plupart d'entre elles ; ils sont suivis d'une série de titres qui énoncent les règles spéciales aux conventions les plus importantes : contrat de mariage, vente, échange, louage, société, prêt, dépôt, mandat, cautionnement, transaction, nantissement, constitution d'hypothèque.

Occupons-nous ici de la vente, de l'échange et du louage. Les autres ont fait ou feront l'objet d'une étude spéciale dans d'autres parties du *Cours*[2].

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 15.

2. La matière du cautionnement, du nantissement et de la constitution d'hypothèque a été traitée dans la partie du cours publiée sous le titre : *Les sûretés personnelles et réelles*. La matière du contrat de mariage trouvera sa place dans la partie qui portera ce titre : *Le contrat de mariage et les régimes matrimoniaux*. Quant aux autres contrats (société, prêt, dépôt, jeu et pari, contrat de rente viagère, mandat, transaction), l'auteur du *Cours de droit civil* les laissait en dehors de son enseignement, faute de temps ; je ne possède, en ce qui les concerne, que des notes extrêmement sommaires, remontant à un grand nombre d'années, et qu'il ne me semble pas opportun de publier.

R. B.

PREMIÈRE PARTIE

LA VENTE ET L'ÉCHANGE

2. Nous venons de dire que les titres VI et VII du livre III (articles 1582 à 1701 et 1702 à 1707) y sont consacrés. Ces contrats sont les deux agents principaux de la circulation des biens, de la circulation des richesses, comme on dit en langage économique.

L'échange consiste dans le troc d'une chose contre une autre qui lui sert directement d'équivalent : *rem pro re*. Aux termes de l'article 1702, c'est un contrat par lequel les parties « se donnent respectivement une chose pour une autre ».

La vente est un dérivé, une variété de l'échange. Elle consiste dans l'aliénation d'une chose non plus contre une autre, mais contre un prix en monnaie (article 1582) : *rem pro pretio* ; la monnaie intervient comme un moyen d'évaluation, comme une mesure commune de la valeur des choses, comme un équivalent universel dont l'emploi facilite la circulation.

Historiquement, l'échange est plus ancien ; il a été la forme primitive de la circulation, du commerce. Au point de vue pratique, la vente occupe aujourd'hui la première place ; elle est l'instrument normal du commerce chez les nations civilisées. La vente est de beaucoup le plus usuel de tous les contrats. Tout le monde ne vend pas, car pour vendre il faut avoir des biens ; mais tout le monde achète, car les besoins de la vie nécessitent une foule de choses qu'on ne saurait se procurer autrement, de sorte qu'il n'est personne qui ne figure journellement dans une vente, au moins à titre d'acheteur.

3. Nous avons à exposer les règles auxquelles ces deux contrats sont soumis au point de vue juridique. Et deux indications doivent être présentées d'abord quant à la méthode à suivre.

En premier lieu, nous n'exposerons pas à titre principal et distinct les règles relatives au contrat d'échange. D'une part, elles n'ont presque aucun intérêt au point de vue pratique. D'autre part, elles sont analogues à celles qui régissent le contrat de vente (article 1707), en sorte qu'il suffira de les noter au passage à propos des règles similaires de la vente.

En second lieu, nous n'étudierons pas avec la même insistance tous les textes relatifs au contrat de vente. Beaucoup d'entre eux ne font qu'appliquer à un contrat particulier des règles qui forment la théorie générale des conventions. Or nous avons étudié ces règles à propos des articles 1107 et suivants, et nous pouvons maintenant les négliger ; elles sont toujours sous-entendues. Les seuls textes sur lesquels il convienne de s'arrêter sont ceux qui concernent particulièrement la vente. Ils sont le siège de quelques théories nouvelles et importantes.

4. Voici l'ordre dans lequel nous classerons les dispositions du titre *De la vente.*

1° Nous traiterons d'abord de la nature du contrat de vente, de ses caractères essentiels. Cette matière fait l'objet des articles 1582 et 1583.

2° Nous parlerons ensuite des conditions nécessaires à la validité de la vente. L'article 1108 énumère les conditions requises pour la validité des conventions en général [1]. Les articles 1584 à 1601 ajoutent à cet égard quelques règles spéciales à la vente. Ces articles forment la fin du chapitre I, puis les chapitres II et III de notre titre.

3° Nous étudierons les effets de la vente, qui font l'objet des chapitres IV et V (articles 1602 à 1657). Certains de ces effets concernent le vendeur (chapitre IV), d'autres l'acheteur (chapitre V).

4° Nous parlerons des modalités dont la vente est susceptible et qui l'affectent le plus souvent dans la pratique. Le Code en indique une : le réméré (article 1659) ; nous aurons à en indiquer quelques autres.

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 33 et suiv.

5° Nous signalerons quelques variétés particulières du contrat de vente, autrement dit certaines ventes ayant un caractère spécial, soit à cause de leur objet, soit à raison des circonstances dans lesquelles elles interviennent. Quelques-unes sont visées par le Code civil, comme la cession de créance (article 1689) et la licitation (article 1685) ; nous en indiquerons quelques autres qui sont prévues ailleurs, notamment les ventes judiciaires, afin de noter les règles spéciales qui les régissent.

CHAPITRE I

DE LA NATURE DU CONTRAT DE VENTE

5. Aux termes de l'article 1582 alinéa 1, « la vente est une « convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et « l'autre à la payer ».

L'article 1583 complète la définition : « Elle est parfaite « entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'a- « cheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la « chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été li- « vrée, ni le prix payé. »

Ces deux articles contiennent une foule d'idées. Nous aurons à y revenir souvent; car, en termes plus ou moins exacts, ils fournissent des éléments de décision et aussi de doute sur plusieurs questions relatives à la vente.

6. Dégageons-en d'abord quelques idées qui sont certaines.

1° Il résulte des articles 1582 et 1583 que la vente est un contrat à titre onéreux. Personne, d'ailleurs, n'en a jamais douté. En effet, la vente est intéressée de part et d'autre ; elle a pour objet une chose que l'une des parties livre et que l'autre paie; chacune des parties n'acquiert qu'en donnant un équivalent, ce qui constitue le trait caractéristique des contrats à titre onéreux [1].

2° Il en résulte que la vente est un contrat synallagmatique. Cela est encore manifeste. L'intérêt de chacune des parties consiste dans une créance qu'elle acquiert contre l'autre ; le contrat entraîne donc des obligations corrélatives, réciproques, ce qui est le signe distinctif des contrats synallagmatiques [2].

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 19 et suiv.
2. Voy. *ibid.*, p. 23 et suiv.

3° Il en résulte que la vente est un contrat consensuel [1]. En effet, l'article 1583 dit que la vente est parfaite « dès qu'on « est convenu de la chose et du prix », en d'autres termes par le seul fait de l'accord des volontés. L'article 1582 alinéa 2 confirme l'idée : la vente, dit-il, « peut être faite par acte « authentique ou sous seing privé ». Il faut ajouter : même sans aucun écrit ; l'acte dont parle l'article 1582 alinéa 2 n'intervient que pour la preuve, puisque l'article 1583 ajoute que le contrat est valable par le fait seul qu'il y a eu accord des volontés. Aussi, la loi du 23 mars 1855 prévoit-elle le cas de ventes verbales, même en matière d'immeubles ; elle soumet à la transcription : « 1° tout acte entre vifs, translatif de « propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hy- « pothèque ;... 3° tout jugement qui déclare l'existence d'une « convention verbale de la nature ci-dessus exprimée » ; ces conventions sont donc valables [2].

4° Il résulte de l'article 1583 que la vente est un contrat translatif de propriété, qu'elle opère translation de propriété : « la propriété est acquise de droit », dit l'article.

Ce texte ne fait que consacrer une application du droit commun. D'après l'article 1138, les obligations de donner sont réputées accomplies dès que la convention d'où elles naissent est conclue ; les conventions, à l'inverse de ce qui fut longtemps admis, sont translatives de droits indépendamment de toute remise, livraison ou tradition [3].

Il en est ainsi du moins entre les parties. Au regard des tiers, la règle est parfois différente.

a) En matière immobilière, depuis la loi de 1855, si la convention opère par elle-même translation entre les parties, l'acquéreur n'a un droit opposable aux tiers que par la transcription et à la date de cette formalité. L'article 1583 se réfère formellement à cette distinction quand il dit : « la propriété « est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur. » Cette formule s'explique par l'influence qu'exerçait encore en 1804 la loi de brumaire an VII, qui allait disparaître ; la formule se trouve être redevenue pleinement exacte depuis

1. *Les contrats et les obligations*, p. 28.
2. Aux termes de l'article 1703, l'échange, de même que la vente, est un contrat consensuel : « L'échange s'opère par le seul consentement, de la même « manière que la vente. »
3. *Les contrats et les obligations*, p. 187 et suiv.

le rétablissement de la transcription en 1855 : s'il s'agit d'immeubles, la vente n'est parfaite au regard des tiers, l'acheteur ne devient propriétaire à l'égard des tiers que par la transcription (article 3 de la loi de 1855) [1].

b) De même quand il s'agit de la vente d'une créance [2]. Si le cessionnaire de la créance est nanti au regard du cédant (article 1689), il ne l'est au regard des tiers que par l'accomplissement d'une formalité postérieure, indiquée par l'article 1690 : signification du transport faite au débiteur, ou acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique.

7. En résumé, la vente est un contrat à titre onéreux, synallagmatique, consensuel, translatif de propriété. Ces caractères entraînent des conséquences diverses, que nous avons énoncées en étudiant le titre *Des obligations*, et sur lesquelles nous n'avons point à revenir.

Tout cela est hors de doute et résulte des articles 1582 et 1583.

8. Voici maintenant en quoi ces articles sont défectueux.

Ils sont inutiles en tant qu'ils énoncent les caractères de la vente. Ce qu'ils disent n'est que l'application des principes généraux ; or dans tous les contrats les règles du droit commun sont sous-entendues (article 1107) [3].

Inutiles sous ce rapport, ils sont malencontreux à un autre égard : ils sont, à plusieurs points de vue, rédigés d'une manière incomplète et équivoque. C'est le sort habituel des définitions légales ; elles semblent éclairer le sujet, et ne sont, la plupart du temps, qu'embarrassantes.

I. La définition donnée par les articles 1582 et 1583 est incomplète.

9. Nos deux articles restreignent indûment le rôle de la vente en la présentant comme un contrat exclusivement translatif de la propriété, soit mobilière, soit immobilière. On peut vendre et acheter un bien quelconque ; or les biens, dans le sens technique du mot, sont les droits ; par conséquent, tous les droits dont les choses sont l'objet peuvent

1. *Les contrats et les obligations*, p. 204 et suiv.
2. *Ibid.*, p. 202.
3. *Suprà*, n°s 1 et 3. — Cpr. *Les contrats et les obligations*, p. 15 et 16.

être vendus et achetés, et non pas seulement la propriété.

Le propriétaire d'un objet mobilier ou immobilier peut le vendre, autrement dit en aliéner la propriété ; c'est le cas que prévoient les articles 1582 et 1583. Il peut également vendre l'usufruit de la chose en conservant la propriété ; il peut vendre une servitude sur la chose si c'est un immeuble, en un mot transférer un droit réel quelconque ; la vente est un mode de constitution ou de transmission à titre onéreux des démembrements de la propriété.

Ainsi l'article 579 mentionne la volonté de l'homme comme mode d'établissement de l'usufruit. L'article 690 range le « titre » au nombre des modes de constitution des servitudes. La convention est un titre. Si le propriétaire établit la servitude sans toucher un prix, il y a donation ; s'il l'établit moyennant un prix, il y a vente.

De même encore, le titulaire d'un droit d'usufruit peut vendre le droit qui lui appartient. L'article 595 est formel à cet égard.

L'article 1582 ne donne donc de la vente qu'une idée incomplète, quand il la présente comme un contrat translatif de propriété.

Il faut aller plus loin. Les droits réels ne sont pas les seuls qui soient susceptibles d'être vendus. Un créancier peut vendre la créance qu'il a contre un tiers (article 1689), un rentier son droit à la rente (articles 1968 et suivants), etc.

En un mot, la vente peut avoir pour objet non seulement les choses, autrement dit la propriété des choses, mais un bien quelconque, et, dès lors, toute espèce de droits. C'est donc à tort que les articles 1582 et 1583 limitent son application à la seule propriété. Cela est si vrai qu'un article du titre même *De la vente* condamne cette limitation : l'article 1607. La délivrance est la remise que le vendeur doit faire à l'acheteur de la chose vendue ; les articles 1604 à 1606 indiquent comment la délivrance s'opère quand il s'agit de meubles ou d'immeubles envisagés comme objets matériels, c'est-à-dire quand il s'agit de la propriété ; puis l'article 1607 ajoute : « La remise des droits incorporels se fait, ou par la « remise des titres, ou par l'usage que l'acquéreur en fait du « consentement du vendeur. » Il y a, dans ce cas, une quasi-tradition. Or que faut-il entendre par « droits incorporels » ? Cette expression vicieuse sert à désigner les droits autres que

la propriété, par opposition à la propriété elle-même, qui est confondue avec son objet et considérée, par suite, comme un bien corporel. Expression vicieuse, avons-nous dit; car tous les droits sont des *res incorporales*, puisque tous *in jure consistunt*; il y a des biens incorporels et ce sont les droits, mais il n'y a pas de droits corporels[1]. Les droits que l'article 1607 appelle incorporels sont les droits autres que la propriété; l'article 1607 prouve donc que les articles 1582 et 1583 ont tort de présenter la vente comme un contrat uniquement translatif de propriété: la vente peut avoir pour objet un bien quelconque, un droit quelconque.

10. Si les articles 1582 et 1583 se placent de la sorte à un point de vue trop étroit, cela tient à deux causes.

D'abord, en fait, la vente a bien plus souvent pour objet la propriété des choses que les autres droits qu'on peut avoir sur les choses. Le point de vue pratique l'a emporté sur la théorie pure.

D'autre part, la vente, quand elle a pour objet un droit autre que la propriété, reçoit souvent, habituellement même, un autre nom. Appliquée à l'établissement de droits de servitude ou d'usufruit, on l'appelle constitution ; mais, si la constitution est à titre onéreux, elle n'est pas autre chose qu'une vente, de même qu'elle est une donation si elle intervient à titre gratuit. Appliquée aux créances, la vente s'appelle cession de créance (article 1689), ou transport cession. Appliquée aux rentes et à certains autres droits, elle est désignée sous le nom de transfert. Au point de vue juridique, ces distinctions n'ont pas de portée ; les mots ne font rien à la chose et c'est toujours d'une vente qu'il s'agit.

II. La définition donnée par les articles 1582 et 1583 est équivoque.

11. Aussi ces deux articles, placés en tête du titre et comme en vedette, répandent-ils des éléments de doute sur beaucoup de points.

Ils ont le tort de définir la vente en énumérant les effets qu'elle produit, au lieu d'en indiquer les caractères. Or cette façon de procéder est doublement mauvaise.

D'abord, une chose doit être définie par ses caractères es-

1. Laurent, *Principes*, XXIV, p. 168.

sentiels et non par ses attributs accidentels. Or les caractères de la vente n'apparaissent pas dans les articles 1582 et 1583.

Ensuite, si l'on définit une convention par ses effets, il faut les énumérer tous ; il n'y a pas de raison d'indiquer les uns plutôt que les autres. Or l'article 1582 ne relève qu'un seul effet de la vente: le transfert de la propriété. Pourquoi ? Aux termes de l'article 1603, le vendeur est tenu de deux obligations : la délivrance et la garantie ; aux termes des articles 1608 à 1650, l'acheteur contracte aussi deux obligations : payer le prix et supporter les frais d'enlèvement de la chose vendue ; si l'on veut définir la vente par ses effets, il faut dire tout cela, ce qui fera une définition bien longue ; et c'est ainsi que procédait Pothier, auquel les rédacteurs du Code ont emprunté l'article 1582 [1].

La définition du Code n'est donc pas satisfaisante.

12. Il eût été d'autant plus nécessaire de caractériser nettement le contrat de vente que la vente n'a plus dans notre droit les caractères qu'elle avait en droit romain, et qu'elle a conservés jusqu'à la fin de l'ancien droit français.

Le contrat de vente s'est modifié. Il importe de bien établir en quoi et sous l'empire de quelles considérations. Cela est d'autant plus nécessaire que la transformation s'est opérée peu à peu, sous l'influence de la pratique et de la doctrine, de sorte que les textes n'en ont pas tenu un compte suffisant. Plusieurs articles du Code civil ont été rédigés sous l'influence du point de vue ancien ; ils en gardent la trace et n'expriment pas, dès lors, des idées tout à fait exactes. La difficulté que présente l'article 1599 n'a pas d'autre origine que ce désaccord entre des textes qui s'expliquent par la tradition, mais ne concordent pas avec les principes finalement admis. Il y a là une suite d'idées qui mérite d'être envisagée avec soin.

13. Le droit moderne s'est séparé du droit ancien en matière de vente, autrement dit la théorie moderne de la vente diffère de la théorie ancienne, sous deux rapports.

Première différence.

14. Dans la conception romaine, qui a prévalu jusqu'au droit actuel, la vente n'impliquait pas nécessairement et légale-

1. *Traité de la vente*, article préliminaire.

ment l'idée du transfert de la propriété ou du droit intervenant comme objet de la vente. Les textes établissant qu'il en était ainsi sont nombreux. Le vendeur est tenu *ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat*[1] ; il est tenu de faire avoir la chose à l'acheteur, non de l'en rendre propriétaire. Un autre texte dit : *Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere*[2]. L'obligation du vendeur consiste exclusivement en ceci : *rem præstare, id est tradere*[3] ; il doit procurer la libre possession, ce que les textes nomment la *vacua possessio*[4], c'est-à-dire la possession libre d'obstacles ou d'entraves. C'est une obligation de faire, donnant lieu à des dommages-intérêts en cas d'inexécution[5].

Cela ne veut pas dire que l'acheteur ne pût pas exiger du vendeur qu'il le rendît propriétaire si la chose était possible. Elle n'était possible que sous les trois conditions suivantes. Il fallait : 1° que le vendeur fût lui-même propriétaire, — 2° que l'acheteur eût l'aptitude à le devenir, — 3° que la chose pût être l'objet d'un droit de propriété. Lorsque ces trois conditions étaient réunies, l'acheteur pouvait exiger que le vendeur lui transférât la propriété. Cela tenait à ce que l'*actio empti*, étant de bonne foi, permettait à l'acheteur d'exiger tout ce qui était conforme à l'intention des parties. De sorte que souvent, en fait, la vente devait amener une translation de propriété ; mais, en droit, ce résultat n'avait rien de nécessaire, la vente n'impliquait pas inévitablement l'idée d'un transfert : il pouvait y avoir vente sans transmission de propriété, en ce sens que l'acheteur n'avait rien à réclamer tant que sa possession n'était pas troublée, tant qu'elle restait libre, *vacua*.

Cette idée était essentielle dans le droit romain. Et elle y était facile à expliquer ; elle tenait au caractère exclusivement civil du droit romain primitif. La participation au droit civil était un privilège pour les citoyens, qui seuls pouvaient prétendre au *dominium ex jure quiritium* ; les pérégrins n'y pouvaient pas prétendre. Dès lors, si la vente avait impliqué nécessairement l'idée de la transmission de propriété, elle

1. Fragm. 30 § 1, Dig., *De actionibus empti*, XIX, 1.
2. Fragm. 25 § 1, Dig., *De contrahenda emptione*, XVIII, 1.
3. Fragm. 11 § 2, Dig. *De actionibus empti*, XIX, 1.
4. Voir Girard, *Manuel élémentaire de droit romain* 1re édition, p. 532.
5. *Les contrats et les obligations*, p. 260 et suiv.

n'aurait pu intervenir avec un pérégrin; au contraire, elle devient accessible aux pérégrins si le vendeur, au lieu du *dominium*, ne s'engage à procurer que la *vacua possessio*. Quelqu'exclusif que soit l'esprit d'une législation, il s'incline devant les exigences de l'intérêt; une nation, si restreinte soit-elle, si peu considérable qu'y soit le mouvement des affaires, ne peut vivre sans l'échange qui lui fournit les objets nécessaires; aussi a-t-on fait de la vente un contrat du droit des gens, et on n'aurait pu lui reconnaître ce caractère si elle avait impliqué le transfert du *dominium* [1].

15. Ce point de vue est resté celui de l'ancien droit français, quoique les motifs qui l'avaient fait adopter eussent disparu dès le droit romain. Pothier disait encore: « Il « est bien de l'essence du contrat de vente que le vendeur ne « veuille pas retenir le droit de propriété de la chose qu'il « vend lorsqu'il en est le propriétaire, et qu'il soit tenu dans « ce cas de la transférer à l'acheteur. Mais, lorsque le vendeur « n'est pas le propriétaire, et qu'il croit de bonne foi l'être, « il ne s'oblige qu'à défendre l'acheteur contre tous ceux qui « voudraient lui faire délaisser la chose [2]. » Aussi la vente de la chose d'autrui était-elle encore considérée comme valable au XVIIIe siècle; rien n'était plus simple: la vente de la chose d'autrui pouvait réaliser l'effet légal inhérent au contrat si le propriétaire n'agissait pas en revendication [3].

16. Ces idées sont aujourd'hui tout à fait abandonnées. Dès le commencement du XVIIIe siècle, les jurisconsultes avaient signalé que la conception romaine ne résultait pas de la nature des choses et ne s'expliquait que par des considérations dès longtemps disparues. A prendre les choses comme elles sont, le vendeur a l'intention d'aliéner, l'ache-

1. Cpr. Girard, *loc. cit.* — D'après M. Girard (*loc. cit.*, p. 532), ce système, inspiré par des considérations d'utilité pratique, a été inventé non par les théoriciens du temps de l'Empire, mais par les anciens praticiens qui ont rédigé les premières formules de stipulations de vente et d'achat. Il tend à un triple but: rendre la vente accessible à tous, même aux pérégrins, qui n'auraient pu figurer dans un contrat ayant pour objet le transfert de la propriété quiritaire, — la rendre applicable à tous les objets, même aux choses non romaines, aux fonds provinciaux qui ne sont pas susceptibles de *dominium*, — enfin, même pour les choses romaines vendues entre romains, dispenser le vendeur d'une preuve de sa propriété, souvent difficile à fournir, et ne pas permettre à l'acheteur de tourmenter le vendeur à raison de troubles hypothétiques que l'usucapion empêchera bientôt de se produire.

2. *Traité de la vente*, n° 1.

3. Fragm. 28, Dig., *De contrahenda emptione*, XVIII, 1.

teur celle de devenir propriétaire ; donc la vente implique l'idée d'un transfert de propriété [1].

Ce nouveau point de vue ne devait triompher qu'avec le Code civil. Il est consacré par l'article 1583. « La transmis- « sion de la propriété est l'objet de la vente », a dit le tribun Faure [2] ; il faut généraliser et dire : la transmission du droit vendu.

Du moment que la vente est considérée de la sorte comme impliquant l'idée du transfert de la propriété ou du droit qu'elle a pour objet, il ne peut pas y avoir de vente valable si le transfert n'est pas possible. Par là s'explique la règle de l'article 1599 : « La vente de la chose d'autrui est « nulle.... » Elle est nulle dès que les faits apparaissent tels qu'ils sont. Pourquoi ? Parce qu'il devient certain que la vente ne pourra réaliser le but qui lui est essentiel, l'acheteur ayant droit non seulement à la libre possession, mais en outre à la propriété.

17. Au point de vue pratique, le système moderne est bien préférable à l'ancien. D'abord, il est manifestement conforme à l'intention des parties. De plus, le système ancien avait l'inconvénient grave de forcer l'acheteur à conserver une possession précaire, qui pouvait lui être enlevée jusqu'à ce qu'il eût usucapé ; tant qu'il n'était pas troublé, il n'avait rien à dire, mais il pouvait être troublé à tout moment.

18. En résumé, la vente, dans le droit moderne, est un contrat qui implique nécessairement transfert du droit que la vente a pour objet.

Tel est le premier rapport sous lequel le droit moderne, en matière de vente, s'est séparé du droit ancien.

Seconde différence.

19. En droit romain et dans l'ancien droit français, la vente, même quand elle aboutissait au transfert de la propriété, ne réalisait pas par elle-même cet effet. Elle avait pour unique effet d'imposer au vendeur l'obligation de transférer la propriété, et ne conférait à l'acheteur qu'une créance contre le vendeur.

1. Laurent, *Principes*, XXIV, p. 8 et 9.
2. Fenet, XIV, p. 157 et 192.— Cpr. Baudry-Lacantinerie et Saignat, *Traité de la vente*, n° 9.

Supposons le cas qui devait être le plus ordinaire, celui où le vendeur était propriétaire. La vente ne transférait pas la propriété ; elle imposait au vendeur l'obligation de la transférer. En d'autres termes, la propriété passait à l'acheteur — quand les circonstances comportaient cette translation — non point en vertu du contrat de vente, mais par l'effet de l'exécution de ce contrat, c'est-à-dire par l'emploi ultérieur d'un mode de transfert employé en exécution de la vente. La vente était un *titulus adquirendi dominii*, non un *modus adquirendi dominii*. En conséquence, l'*actio empti* était inévitablement et toujours une action personnelle ; l'acheteur n'était que créancier, et ne devenait propriétaire que par la tradition.

Les textes sont formels à cet égard. Le plus connu est le § 41, aux Institutes, *De divisione rerum* (II, 1) : *Venditæ vero res et traditæ non aliter emptori adquiruntur quam si is venditori pretium solverit.* Le contrat ne suffit pas, la tradition non plus ; il faut, en outre, le paiement du prix ; la propriété est maintenue au vendeur jusqu'au paiement du prix, comme garantie de ce paiement.

Puis cette règle fut écartée. Au maintien de la propriété comme garantie du paiement, on substitua une sûreté réelle produisant le même effet, et ce fut l'origine du privilège du vendeur non payé [1]. Mais la nécessité de la tradition subsista jusqu'au droit moderne.

De là la différence classique entre l'*emptio venditio contracta* et l'*emptio venditio perfecta* [1]. De là l'idée, essentielle dans la théorie romaine, que vendre et aliéner ne sont pas synonymes.

20. Cette idée est écartée par le droit moderne. La transmission de la propriété, nous l'avons vu, est essentielle à la vente [2] ; de plus, elle s'opère par le seul effet de la vente, indépendamment de toute tradition. La vente produit le transfert immédiat de la propriété et non pas seulement l'obligation de la transférer ; l'acheteur a tout de suite un droit réel, de sorte que vendre et aliéner sont synonymes. En d'autres termes, la vente est *perfecta* aussitôt que *contracta*. C'est ce qu'exprime l'article 1583, lequel est une

1. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 390 et suiv., — tome II, p. 6 et suiv.

2. *Suprà*, n° 14 à 18.

application de l'article 1138 [1]. La théorie ancienne a été répudiée par le Code.

Est-ce bien là ce que dit l'article 1582 ? Pas tout à fait, semble-t-il. Il semble même que cet article consacre l'ancien caractère de la vente en reproduisant la définition romaine. Toutefois ce texte concorde parfaitement avec le système général du Code sur le transfert de la propriété par le seul effet des conventions, tel que nous l'avons résumé sous l'article 1138. On peut expliquer la formule qu'il donne de deux manières.

1° La vente, en même temps qu'elle transfère par elle-même la propriété, impose au vendeur l'obligation de livrer (article 1603). L'acheteur est tout à la fois propriétaire de la chose et créancier de la délivrance ; il a un droit complexe,et la matière est mixte au point de vue de la compétence (article 59 C. proc. civ.). L'article 1582, du moment qu'il définissait la vente par ses effets, a pu dire ce qu'il a dit. Mais si ce qu'il dit est exact, c'est également incomplet ; d'une part il ne mentionne pas le transfert de propriété, d'autre part il n'indique pas que le vendeur est tenu de garantir la propriété à l'acheteur.

2° Il est plus probable que l'article 1582 s'explique par l'article 1138. La convention de donner entraîne obligation de livrer, c'est-à-dire de transférer la propriété. L'obligation de livrer est regardée comme exécutée aussitôt qu'elle existe ; elle est *perfecta* aussitôt que *contracta*. La vente n'entraîne que l'obligation de livrer, seulement cette obligation est réputée exécutée ; alors la rédaction de l'article 1582 se comprend. Point de vue un peu subtil, mais qui n'en est pas moins celui du Code. Voilà dans quel sens la propriété appartient de droit à l'acheteur ; l'article 1583 n'est que la déduction de l'article 1582.

De quelque manière qu'on explique ces textes, l'idée est claire. Il y a transfert immédiat de la propriété, indépendant de tout fait ultérieur.

21. Mais ce principe n'est pas absolu. La vente, quoiqu'elle implique toujours et nécessairement l'idée du trans-

1. Nous avons étudié l'histoire de cette transformation sous l'article 1138, qui formule le principe nouveau du transfert de la propriété par le seul effet des conventions. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 187 et suiv.

fert, ne réalise pas toujours par elle-même ce transfert. Il y a deux cas dans lesquels elle ne le réalise pas.

1° Le transfert n'est pas réalisé par la vente lorsque l'objet de la vente n'est pas un corps certain, mais un objet certain. Le corps certain, rappelons-le, est celui qui est déterminé dans son individualité ; l'objet certain est celui qui n'est pas déterminé dans son individualité, mais seulement dans son espèce (article 1129) [1].

La propriété, comme d'ailleurs tous les droits réels, ne se comprend qu'à la condition d'avoir pour objet un corps certain, de telle sorte que le prétendant droit puisse dire : *hæc res est mea*. Si donc la vente conclue a pour objet une chose déterminée seulement quant à son espèce, elle ne peut, pour le moment, conférer à l'acheteur qu'un droit de créance ; le droit réel ne sera acquis que par la tradition, plus exactement par l'individualisation de la chose [2]. En attendant, il y aura seulement obligation de faire, se résolvant en dommages-intérêts au cas d'inexécution [3].

C'est ce qui arrive dans les ventes de quantité. « Si la dette, « dit l'article 1246, est d'une chose qui ne soit déterminée « que par son espèce, le débiteur ne sera pas tenu, pour être « libéré, de la donner de la meilleure espèce, mais il ne pourra « l'offrir de la plus mauvaise [4]. » Par conséquent, l'acheteur ne pourra être propriétaire qu'à la livraison. Les exemples sont nombreux ; les articles 1582 et 1583 supposent la vente d'un corps certain, les articles 1585 et suivants les ventes d'objets certains, autrement dit de quantités.

En termes vagues, l'article 1585 entend dire que la vente de marchandises destinées à être pesées, mesurées ou comptées ne se réalise que par le transfert. L'article 1587 va plus loin ; parlant de la vente des marchandises qu'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il décide qu'il n'y a pas vente tant que l'acheteur ne les a pas dégustées. Proposition inexacte ; il y a vente, car le contrat est conclu, mais il n'y a pas transfert immédiat de la propriété.

2° Il est un autre cas dans lequel la vente, tout en impliquant le transfert, ne le réalise pas. Rien n'empêche les par-

1. *Les contrats et les obligations*, p. 99 et suiv.
2. *Ibid.*, p. 194 et 195.
3. *Ibid.*, p. 260 et suiv.
4. *Ibid.*, p. 101.

ties de s'entendre pour ajourner le transfert de la propriété jusqu'à un moment déterminé ou jusqu'à un fait ultérieur prévu. L'article 1583 ne pose pas un principe d'ordre public; donc rien n'empêche qu'on y déroge. Par exemple, il est permis de conclure une vente suivant la mode romaine et de convenir que la propriété ne sera transférée à l'acheteur que quand il aura payé le prix [1].

Dans ces deux cas, la vente implique bien toujours l'idée d'un transfert; mais elle ne le réalise pas immédiatement et par elle-même; elle le contient seulement en germe. On peut dire qu'elle l'implique dans tous les cas, qu'elle l'opère ordinairement, et le contient en germe quand elle ne l'opère pas.

22. En dernière analyse, nous aboutissons à ces deux idées : 1° la vente, en principe et sauf dans quelques cas exceptionnels, transfère par elle-même à l'acheteur la propriété de la chose vendue, — 2° dans tous les cas, elle implique essentiellement une translation de propriété, soit comme résultat immédiat, soit comme résultat ultérieur.

De là une définition plus exacte que celle des articles 1582 et 1583. La vente est un contrat par lequel le vendeur transfère à l'acheteur la propriété d'une chose, ou s'engage à la lui transférer, en échange d'un prix convenu que l'acheteur s'engage à payer. La notion est simple; elle n'en est pas moins nouvelle en droit, et il a fallu l'observation des faits antérieurs pour la dégager.

1. Voy. un exemple d'une convention de ce genre dans un arrêt de la Cour de Paris du 3 juin 1876, *Le Droit* du 8 octobre.

Lorsqu'une pareille convention est intervenue, le vendeur, demeurant propriétaire jusqu'au paiement du prix, n'a plus besoin d'être garanti contre le risque d'insolvabilité de l'acheteur. Voy. sur les garanties organisées à cet égard, soit au profit du vendeur de meubles, soit au profit du vendeur d'immeubles : *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 390 et suiv., — tome II, p. 6 et suiv.

Si le vendeur s'est réservé la propriété jusqu'au paiement du prix et qu'il ait ensuite, avant le paiement, consenti livraison de la chose vendue à l'acheteur, il peut toujours la revendiquer comme propriétaire. Observons que ce droit de revendication n'a rien de commun avec la prérogative que l'article 2102-4° alinéa 2 accorde dans certains cas et sous le même nom au vendeur de meubles non payé (*loc. cit.*, tome I, p. 400 et suiv.). La revendication de l'article 2102 n'est pas une revendication proprement dite, exercée comme sanction d'un droit de propriété ; c'est une simple réclamation de la possession, destinée à remettre les choses dans un état tel que l'exercice du droit de rétention par le vendeur redevienne possible (*loc. cit.*, p. 402 et suiv.).

CHAPITRE II

DES CONDITIONS NÉCESSAIRES A LA VALIDITÉ DE LA VENTE

23. La vente, étant un contrat, est soumise comme telle aux règles générales communes à tous les contrats.

Dès lors, les conditions nécessaires à sa validité sont celles de l'article 1108 : 1° le consentement des parties, — 2° leur capacité, — 3° un objet certain, — 4° une cause licite [1].

Sous l'article 1108 nous avons ajouté une cinquième condition : c'est qu'il faut parfois certaines formalités d'actes [2].

Reprenons ces conditions, non pour les définir à nouveau, mais afin de voir, à propos de chacune d'elles, si elle n'est pas l'objet, en matière de vente, de règles particulières complétant ou modifiant le droit commun.

SECTION I. — Le consentement des parties.

24. Il doit porter sur les deux éléments que suppose la vente : 1° la chose vendue, objet de l'obligation du vendeur, qui est tenu de la livrer (article 1603), — 2° le prix, objet de l'obligation de l'acheteur, qui est tenu de le payer (article 1650).

Nous renvoyons au droit commun pour savoir en quoi consiste le consentement, comment il peut être donné, dans quels cas il est vicié par erreur, dol ou violence, à quel moment exact il peut être considéré comme acquis, selon qu'il est donné par écrit, verbalement, par correspondance, par mandataire. Aucune particularité n'est à noter sur ces différents points [3].

1. *Les contrats et les obligations*, p. 33 et suiv.
2. *Ibid.*, p. 138.
3. *Ibid.*, p. 36 et suiv.

La vente existe et les effets de la vente se produisent au moment, qui est à déterminer en fait selon les cas, où les deux volontés se rencontrent. Le contrat se forme alors ; il y a vente, ainsi que le dit l'article 1583, « dès qu'on est « convenu de la chose et du prix ».

25. Nous n'aurions, en ce qui concerne le consentement, rien de spécial à signaler à propos de la vente, si l'article 1589, forçant un peu le sens des mots dans une hypothèse particulière que nous aurons à préciser, n'assimilait au consentement donné de vendre ou d'acheter la simple promesse de vendre ou d'acheter. Ce texte est défectueux à deux points de vue : d'une part, il omet des distinctions essentielles, — d'autre part, il édicte, à propos du cas sur lequel il statue, une règle équivoque et sans utilité.

26. Les deux hypothèses — celle du consentement donné et celle de la simple promesse — sont assimilées et comme confondues par l'article 1589. Cependant il semble qu'elles soient distinctes.

Il y a vente quand les parties s'accordent, l'une pour vendre, l'autre pour acheter. Il est naturel que les effets du contrat se produisent alors : transfert de la propriété si l'objet vendu est un corps certain, mise de la chose aux risques de l'acheteur, obligation pour le vendeur de livrer, pour l'acheteur de payer.

Il y a promesse de vente quand les parties s'accordent non pour vendre et acheter, mais pour promettre de vendre et d'acheter, ce qui paraît viser non un fait actuel, mais un fait futur, non un contrat conclu présentement, mais un contrat à conclure ultérieurement. Or l'article 1589 assimile cette hypothèse à la précédente ; il dit : « La promesse de vente « vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux « parties sur la chose et sur le prix. » Cette formule paraît indiquer que les mêmes effets se produisent de la même manière dans les deux hypothèses, et qu'en cas de promesse de vente comme en cas de vente conclue les effets du contrat sont immédiats. Le point de vue juridique ne semble donc pas concorder ici avec la réalité. Alors en quel sens faut-il entendre l'article 1589 ?

Peut-être n'énonce-t-il qu'une disposition inutile, ayant le tort de formuler en termes absolus et comme une règle de droit une notion toute relative et qui n'a que la valeur d'une

interprétation de convention. C'est une raison de plus pour préciser le sens du texte et pour en arrêter exactement la portée.

A cet effet, quelques distinctions doivent être faites avec soin.

27. Ecartons d'abord une hypothèse qui ne rentre ni dans les termes, ni dans les prévisions de l'article 1589, à laquelle ce texte est par conséquent inapplicable, et qui reste réglée par les principes généraux.

Pour produire les effets d'une vente, pour valoir vente, comme dit l'article 1589, la promesse de vendre émanant d'une personne doit concourir avec une promesse corrélative d'acheter émanant d'une autre personne. Ce n'est pas la promesse soit de vendre, soit d'acheter, faite *ab unà parte*, qui vaut vente ; c'est la promesse faite *ultro citroque* de vendre et d'acheter ; en d'autres termes, c'est la promesse échangée. La vente, en effet, est un contrat synallagmatique, et il ne saurait y avoir vente tant qu'il n'y a pas engagement bilatéral ; la promesse n'est assimilée au consentement et ne vaut vente qu'à la condition d'être réciproque. Afin de marquer nettement l'hypothèse, l'article 1589 vise la promesse résultant d'un « consentement réciproque des deux parties » ; il s'agit donc de la promesse bilatérale échangée : promesse par l'un de vendre, par l'autre d'acheter.

28. Mais on peut concevoir — et cette hypothèse, quoique non prévue par l'article 1589, est infiniment plus pratique que la précédente — qu'il y ait promesse de vendre ou d'acheter, sans qu'il intervienne en même temps promesse corrélative d'acheter ou de vendre. Je vous offre telle chose, à tel prix, et je promets de vous la vendre si vous vous décidez à l'acheter ; je vous demande à acquérir telle chose, à tel prix, et je promets de vous l'acheter si vous vous décidez à la vendre. Ce n'est plus la promesse telle que la prévoit l'article 1589, et qui vaut vente ; c'est la promesse simplement unilatérale de vendre ou d'acheter, non accompagnée d'une promesse corrélative d'acheter ou de vendre.

Quels en sont les effets ?

Ils sont différents selon qu'il y a promesse simple, c'est-à-dire non acceptée par le bénéficiaire éventuel, et dont il ne prend pas acte, — ou promesse acceptée, dont le bénéficiaire prend acte.

29. La promesse non acceptée ne lie pas. Elle constitue

purement et simplement une offre, qui peut être retirée tant qu'elle n'a pas été acceptée, une pollicitation qui n'engendre aucune obligation [1]. On ne s'engage pas seul, si ce n'est vis-à-vis de soi-même; on ne peut être lié au regard d'autrui qu'avec le consentement d'autrui.

30. Très différente est la promesse, même unilatérale, dont le bénéficiaire prend acte, sans d'ailleurs se lier lui-même.

Une promesse de ce genre fait naître deux questions.

Première question.

31. La promesse oblige-t-elle celui qui l'a faite ?

La réponse n'est pas douteuse [2]. La loi admet les contrats unilatéraux, dans lesquels une partie seulement est liée sans que l'autre le soit [3]. Dès qu'à la promesse émanant d'une partie se joint l'acceptation de l'autre, il y a concours des volontés, donc convention et lien ; par suite, dès qu'une promesse de vendre ou d'acheter est acceptée, dès que la personne à laquelle elle s'adresse en prend acte, il y a contrat : contrat unilatéral donnant naissance à une obligation pour l'une des parties, à une créance pour l'autre.

32. Dans la pratique commerciale, rien n'est plus fréquent que ces promesses acceptées, liant la personne qui les fait.

Tous les jours les commerçants font offre au public de la marchandise qu'ils tiennent ; et il est admis que ces offres, faites ainsi non pas à une personne déterminée, mais au public collectivement, sont regardées comme acceptées par tout le monde, de telle sorte que l'offre est acquise à qui veut en profiter [4].

Même pour l'offre faite à une personne déterminée, l'acceptation est souvent tacite. Deux commerçants, qui sont en rapports habituels d'affaires, conviennent que les offres faites à l'un par l'autre seront réputées acceptées par cela seul qu'il n'y aura pas été répondu par un refus dans un délai déterminé.

33. On rencontre des promesses semblables dans la vie

1. *Les contrats et les obligations*, p. 42 et 43.
2. *Ibid.*, p. 43.
3. *Ibid.*, p. 23.
4. *Ibid.*, p. 44 et 45.

civile, même en matière immobilière. Voici quelques cas choisis parmi les plus fréquents.

1° Un propriétaire veut se défaire de son immeuble. Il est en pourparlers avec un tiers, qui n'est pas décidé à acquérir. Il lui loue l'immeuble ; et il joint à la location, au profit du preneur, une promesse de vente à des conditions arrêtées. La convention est complexe ; il y a bail et éventuellement vente, de telle sorte que le preneur peut dire : j'ai une promesse de vente.

2° Un entrepreneur édifie une maison sur un terrain ne lui appartenant pas. Le propriétaire du terrain, qui le loue moyennant un loyer jusqu'à nouvel ordre, s'engage à le vendre le jour où le constructeur voudra l'acheter, soit pour un prix d'ores et déjà déterminé, soit pour un prix à fixer ultérieurement par experts. Il y a promesse de vente acceptée.

3° Une ville — et l'hypothèse peut se présenter pour un particulier — projette des travaux qui supposent l'acquisition préalable de terrains appartenant à divers propriétaires ; elle traite séparément avec chacun d'eux : seulement, comme le projet est subordonné à l'acquisition de tous les terrains, au lieu d'acheter ferme, elle commence par demander seulement des promesses de vente, sauf à les réaliser plus tard, quand elle sera d'accord avec tous.

34. Il serait facile de multiplier les exemples. D'une façon générale, des promesses de vente acceptées, mais non accompagnées de promesses actuelles d'acheter, sont possibles.

On peut même comprendre qu'il existe, à la charge d'une personne, une obligation de vendre, sans qu'il y ait eu promesse antérieure de sa part. Par exemple, un testateur a imposé à son héritier ou à un légataire de vendre tel immeuble à une personne déterminée.

Toutefois, l'obligation de vendre a le plus souvent sa source dans une promesse acceptée. Tantôt la promesse acceptée contient l'indication d'un délai ; si l'acceptant ne fait pas usage de son droit, c'est-à-dire ne conclut pas la vente, avant l'expiration du délai, le promettant cesse d'être tenu. Tantôt la promesse ne contient aucune indication de délai, mais le promettant se réserve le droit de la révoquer. Si elle ne contient ni indication de délai ni réserve de révocation, l'opinion généralement admise est que le promettant ne saurait demeurer indéfiniment à la discrétion de l'acceptant ; il

peut s'adresser à la justice et faire fixer un délai, passé lequel il cessera d'être tenu [1].

Seconde question.

35. Quels effets produisent ces promesses acceptées ?

Il est avéré que l'article 1589 ne leur est pas applicable, puisqu'il ne vise que les promesses réciproques de vendre et d'acheter.

Mais il y a désaccord sur le point de savoir quels en sont les effets juridiques.

36. Les uns considèrent la promesse acceptée comme donnant naissance à une simple obligation de faire : obligation de passer le contrat, de conclure la vente ; et ils soutiennent que cette obligation, au cas d'inexécution, ne peut que se résoudre en dommages-intérêts, conformément à l'article 1142 [2], sans que le créancier puisse contraindre le débiteur à la conclusion de la vente [3].

Mais cette manière de voir est inadmissible. Il est inexact de prétendre que les obligations de faire doivent forcément se résoudre en dommages-intérêts. Nous avons expliqué, sous l'article 1142 [4], que le créancier peut conclure à l'exécution directe et le juge y condamner le débiteur toutes les fois que le débiteur peut, en fait, être contraint à cette exécution ; or nous verrons bientôt qu'il en est ainsi dans l'hypothèse qui nous occupe [5].

37. D'après d'autres, la promesse de vente, acceptée par une personne sans qu'il y ait promesse corrélative d'acheter de la part de celle-ci, vaut vente conditionnelle. La promesse bilatérale, synallagmatique, c'est-à-dire la promesse de vendre accompagnée de promesse réciproque d'acheter, vaut vente pure et simple d'après l'article 1589 ; la promesse unilatérale, c'est-à-dire la promesse de vendre non accompagnée pour le moment d'une promesse corrélative d'acheter, vaut vente conditionnelle : il y aura vente si l'acheteur se

1. Voy. Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 70, — et Nîmes 27 décembre 1870, D. P. 1872.II.21, Sir. 1872.II.67.
2. *Les contrats et les obligations*, p. 260 et suiv.
3. *Sic* : Amiens 24 août 1839, Sir. 1843. II. 403.
4. *Les contrats et les obligations*, *loc. cit.*
5. *Infrà*, n° 38, *in fine*.

décide à acheter, il y a vente sous condition potestative de l'acheteur [1].

De là les conséquences suivantes.

1° En cas de réalisation du contrat par l'acheteur, celui-ci sera considéré comme ayant été propriétaire du jour de la promesse, par application de l'article 1179 [2], ce qui aura pour conséquence de faire tomber les droits réels constitués dans l'intervalle par le promettant.

2° L'acte contenant la promesse acceptée sera, dès sa date, soumis à la transcription s'il s'agit d'un immeuble; car il y a mutation, quoique la mutation soit conditionnelle.

3° Il y aura lieu, dès cette date et pour la même raison, à la perception des droits de mutation, sauf remboursement si la condition ne s'accomplit pas.

4° Si l'acceptant, propriétaire sous condition suspensive, cède dans l'intervalle le droit éventuel qui lui appartient, il y aura vente d'un droit résoluble.

De même, la promesse d'acheter non accompagnée actuellement d'une promesse corrélative de vente vaut achat conditionnel.

38. Ni l'un ni l'autre de ces deux systèmes n'est admis par la jurisprudence, dont la manière de voir, au point de vue qui nous occupe, peut être résumée dans les deux idées suivantes.

Première idée. — La promesse unilatérale de vendre, quand elle est acceptée, ne peut pas être regardée comme valant vente conditionnelle; elle vaut engagement pris par le promettant de se tenir à la disposition de l'acceptant pour conclure le marché. En effet, la promesse a été acceptée comme promesse, non comme vente conditionnelle; jusqu'à la conclusion de la vente, l'acceptant n'a qu'une créance et n'est pas acheteur. Il n'y aura vente et les effets de la vente ne se produiront qu'au moment où interviendra le consentement de l'acheteur, car jusque-là un élément nécessaire à la formation du contrat fait défaut [3].

1. En ce sens : Mourlon, *Transcription*, I, p. 92, — Larombière, article 1138, n° 13, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, VII, n° 10 *bis* V, — Huc, *Droit civil*, X, n° 27.

2. *Les contrats et les obligations*, p. 371 et suiv.

3. *Sic* : Cass. 9 août 1848, D.P. 1848.I.185, Sir. 1848.I.615, — 25 juillet 1849, D. P. 1850.I.92, Sir. 1850.I.520, — 14 mars 1860, D. P. 1860.I.163, Sir. 1860.I.740, — 20 janvier 1862, D. P. 1862.I.364, Sir. 1862.I.705,— Caen 9 mars 1866,

D'où la jurisprudence tire les conclusions suivantes.

1° La propriété n'est transférée qu'au moment où la volonté d'acheter est manifestée par l'acceptant, sans rétroactivité, ce qui assure le maintien des droits constitués par le promettant [1].

2° Avant cette époque, il n'y a pas lieu à transcription [2].

3° A cette époque seulement, il y a lieu d'acquitter les droits de mutation [3].

4° Si, dans l'intervalle, l'acceptant cède le droit éventuel qui lui appartient, il y a simple cession d'un droit de créance, et non mutation passible de la taxe proportionnelle [4].

Cette manière de voir est certainement la meilleure. Lorsqu'il s'agit d'un contrat synallagmatique, la rétroactivité établie par l'article 1179 suppose la préexistence, au moins à titre conditionnel, des obligations réciproques des parties, obligations qui deviennent pures et simples par l'événement de la condition et qui sont censées avoir eu ce caractère dès l'origine. En d'autres termes, pour qu'il y ait vente conditionnelle, il faut d'abord qu'il y ait vente ; or la vente implique chez l'un la volonté de vendre, chez l'autre la volonté d'acheter ; par conséquent, la promesse unilatérale de vendre ne vaudra vente que quand la volonté d'acheter sera venue s'y joindre ; jusque-là, il y a une convention donnant naissance à une obligation, mais il n'y a pas vente. L'offre a été acceptée comme promesse de vendre, non comme vente. Donc les effets de la vente ne se produiront qu'au moment où l'acceptant de la promesse se portera acheteur. L'interprétation contraire confond avec une condition suspensive l'ajournement d'un élément nécessaire à la formation du contrat, ce qui est tout autre chose.

Seconde idée. — La promesse acceptée donne donc naissance à une obligation de faire : obligation pour le promettant de conclure la vente à la volonté de l'acceptant Or rien

Sir. 1866.II.276, — trib. de Toulouse 4 juin 1891, *Pandectes françaises périodiques*, 1892.II.144. — Cpr. Aubry et Rau, 4e édition, IV, § 349, p. 334, — Laurent, XXIV, n° 15.

1. Caen 9 mars 1866, précité.

2. Cass. 18 juillet 1882, *Le Droit* du 21 juillet.

3. Solut. de l'Enregistrement, 13 mai 1869, Sir. 1870.II.59, — 4 novembre 1874, D. P. 1876.III.32, — trib. de la Seine 22 juillet 1876, *Le Droit* du 8 octobre.

4. Cass. 13 janvier 1869, D. P. 1869.I.295, Sir 1869. I.181, — Cass. 5 février 1873, Sir. 1873.I.178.

ne s'oppose à ce que cette obligation de faire se résolve autrement qu'en dommages-intérêts au cas d'inexécution; l'exécution forcée est possible sous la forme directe [1]. Si, lorsque l'acceptant déclare vouloir acheter, le promettant se refuse à passer le contrat, comme les éléments de la vente sont désormais réunis, le juge n'aura qu'à déclarer que le jugement tiendra lieu de contrat [2].

39. Tels sont les effets juridiques de la promesse acceptée. La dernière question qui se pose est de savoir quel est l'instant précis où la vente se forme et produit ses effets. Est-ce au moment où l'acceptant de la promesse a la volonté d'acheter? Est-ce au moment où il manifeste cette volonté? Est-ce au moment où cette volonté est notifiée à celui qui a fait la promesse de vendre?

En théorie pure, c'est au moment où l'intention d'acheter vient se joindre à celle de vendre; dès lors, en effet, il y a consentement réciproque et, par conséquent, contrat. En pratique, il est difficile d'admettre cette solution, car un *propositum adhuc in mente retentum* est dépourvu d'effet juridique; tout ce qu'on peut dire, c'est que le contrat se forme dès que les éléments nécessaires coexistent de manière que les parties ne puissent plus s'en dédire [3].

En matière de donations, l'article 932 exige quelque chose de plus. Quand l'acceptation n'intervient pas en même temps que l'offre, la donation n'existe qu'à partir de la notification qui en est faite au donateur. Mais c'est là une règle spéciale qui n'a que faire en matière de vente.

40. En résumé, l'article 1589 n'est pas applicable à la promesse unilatérale de vente, mais seulement à la promesse synallagmatique, en d'autres termes lorsqu'il y a promesse réciproque, corrélative de vendre et d'acheter [4].

1. Cpr. *suprà*, n° 36.
2. Amiens 16 juin 1841, Sir.1844.II.263. Cette Cour est ainsi revenue sur sa jurisprudence antérieure (24 août 1839, Sir.1843.II.409) d'après laquelle le défaut d'exécution ne pouvait entrainer qu'une condamnation du promettant à des dommages-intérêts (*suprà*, n° 36). — Cpr. Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 10 *bis* V, — Laurent, XXIV, n° 13. — Aubry et Rau, 4° édition, IV, p. 334 n° 10.
3. *Les contrats et les obligations*, p. 46 et suiv.
4. Voy. en sens contraire Planiol, *Traité élémentaire*, 1re édition, II, p. 441 et suiv.

41. Dans ce cas, la promesse de vente vaut vente. En quel sens ?

Les termes de la loi ne permettent guère l'indécision ; ils sont précis et énergiques. La promesse de vente vaut vente, en ce sens qu'elle produit les mêmes effets que la vente ; aussitôt les promesses échangées, il y a translation immédiate de propriété, mise de la chose aux risques de l'acheteur, création des obligations incombant au vendeur et à l'acheteur, etc. [1].

A la vérité, promettre de passer un contrat n'est pas passer ce contrat. Strictement, il ne devrait y avoir vente, en cas de promesse de vente, qu'à la réalisation des promesses ; jusque-là il y a un engagement innommé (article 1134), il n'y a pas vente. Mais telle n'est pas la solution qui a prévalu dans la loi.

42. De la disposition de l'article 1589 il a été proposé deux explications. Il importe de choisir entre elles, car la règle engendre des conséquences différentes selon l'explication qu'on adopte.

43. D'après les uns [2], la promesse de vente vaut vente parce que la loi considère qu'il ne faut pas attacher d'importance aux nuances peut-être irréfléchies du langage. Quand les parties sont d'accord sur la chose et sur le prix, quand elles ont l'intention bien arrêtée de faire une vente, il est probable que, dans leur pensée, en promettant de vendre et d'acheter, elles ont entendu vendre et acheter. Grammaticalement, les mots promesse de vendre, promesse d'acheter, ont un sens futur et indiquent non une vente conclue, mais une vente à conclure ; mais, en fait, promettre de vendre signifiera souvent vendre, promettre d'acheter voudra dire acheter.

Il n'est pas vraisemblable que ce soit là ce que l'article 1589 a voulu dire ; la disposition de l'article 1156 suffisait à cet égard [3]. Quand l'article 1589 dit que la promesse de vente vaut vente, il entend parler de la promesse proprement dite, faite

1. Aubry et Rau, IV, § 349, note 7, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 60, — Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 10 *bis* II, — Guillouard, *Vente*, I, n° 77, — Laurent, XXIV, n° 21. — Cass. 26 mars 1884, D. P. 1884.I. 403, Sir. 1886.I.341, — Chambéry 31 janvier 1894, D.P.1895.II.347, Sir. 1896. II.102, — Alger 26 mars 1896, D. P. 1898.II.259.

2. Aubry et Rau, *loc. cit.*, — Guillouard, *loc. cit.*, — Demante et Colmet de Santerre, *loc. cit.*, — Laurent, *loc. cit.*, — Cass. 26 mars 1884, *précité*.

3. Voy. *Les contrats et les obligations*, n° 320.

sciemment comme telle, les mots employés répondant bien à la pensée.

Toutefois, on peut soutenir que l'article 1589 ne fait qu'interpréter la volonté probable des parties. Et si l'on adopte cette manière de voir, la conséquence est que ce texte cesse d'être applicable quand la volonté des contractants est nettement contraire. Ainsi les parties ont promis de vendre ou d'acheter dans un an ; la promesse de vente vaut-elle vente ? Non, car alors il y a seulement engagement de conclure la vente, et non vente conclue. Une loi interprétative de la volonté probable ne doit pas être entendue de telle sorte qu'elle aboutisse à annihiler une intention formellement exprimée.

44. D'après une seconde opinion[1], l'article 1589 aurait un sens tout autre et s'expliquerait historiquement. « La pro« messe de vente vaut vente » serait une formule signifiant que la promesse s'exécute pour ainsi dire d'elle-même quand l'époque prévue est arrivée, de sorte qu'alors il y a vente.

Il y a longtemps qu'on discute sur les effets des promesses de vente. Dans l'ancien droit, certains jurisconsultes prétendaient que promettre de vendre et d'acheter n'était pas vendre et acheter, mais promettre de conclure la vente, l'inexécution de cette promesse donnant ouverture à des dommages-intérêts, conformément au principe consacré depuis lors par l'article 1142[2]. D'autres soutenaient que la promesse de vendre et d'acheter n'engendrait pas seulement une obligation de faire, se résolvant en dommages-intérêts au cas d'inexécution, mais une obligation susceptible d'exécution forcée, la justice pouvant déclarer qu'elle tenait la promesse pour réalisée, la vente pour conclue[3].

Telle est précisément l'idée qu'aurait consacrée l'article 1589. La loi se chargerait aujourd'hui de ce que la justice pouvait faire jadis ; elle tiendrait la promesse pour accomplie au terme prévu, de sorte qu'il y aurait vente. En conséquence, la translation de la propriété, la mise de la chose aux risques de l'acheteur, la création des obligations pesant sur le vendeur et sur l'acheteur se produiraient non au moment où la pro-

1. En ce sens : Troplong, *Traité de la vente*, I, nos 125-132. — et Toullier, IX, n° 92.
2. Voy. *suprà*, n° 36.
3. *Ibid.*, n° 38, *in fine*.

messe est intervenue, mais au moment où elle est regardée comme tenue, c'est-à-dire à l'échéance du terme. En définitive, l'article 1589 ne s'appliquerait vraiment qu'au cas de promesse bilatérale faite purement et simplement; dans le cas d'une promesse bilatérale faite à terme, il y aurait vente non à la date de la promesse, mais au terme prévu.

45. L'intérêt de la question posée est bien apparent. Il consiste à savoir quand la mutation s'opère. Est-ce au moment où les promesses s'échangent, ou bien à l'époque où les parties en ont reporté l'effet ? S'agit-il d'une promesse pure et simple, les deux interprétations se rencontrent; s'agit-il d'une promesse à terme, elles se séparent : d'après la première interprétation, la mutation s'opère lors de l'échange des promesses, tandis qu'elle s'opère au terme prévu d'après la seconde.

A quoi s'arrêter, en définitive?

En présence d'un texte aussi explicite que l'article 1589, il ne semble pas qu'on puisse hésiter. Promesse de vente vaut vente, en ce sens que promesse de consentir vaut consentement donné ; dans les deux cas, les effets de la vente se produisent. Si la promesse est pure et simple, la vente est pure et simple ; si la promesse est à terme, la vente est à terme, mais le transfert n'en est pas moins immédiat, car le terme ne se réfère qu'à l'exécution [1] ; si la promesse est conditionnelle, la vente est conditionnelle.

Toutefois une réserve s'impose. Les choses se passent comme nous venons de le dire, à moins qu'il ne résulte soit des termes de l'acte, soit des circonstances, que la volonté des parties a été différente, cas auquel il faudrait s'y conformer. La volonté des parties est le régulateur suprême en matière de contrats lorsque l'ordre public n'est pas en cause (article 1134) [2]. En dernière analyse, ces questions se ramènent à une question d'interprétation de volonté.

46. C'est pourquoi l'article 1589, qui soulève tant de difficultés, est un texte inutile. Il pourrait disparaître sans inconvénient et même avec avantage ; c'est un de ces textes qui ont l'air d'énoncer des idées profondes et qui sont, en réalité, dépourvus de sens.

Il était inutile de régler l'effet des promesses unilatérales

1. En ce sens, Cass. 25 mars 1884, *Le Droit* du 29 mars.
2. *Les contrats et les obligations*, p. 177 et suiv.

de vendre ou d'acheter; le droit commun y a pourvu. Il n'était pas plus utile de régler l'effet des promesses synallagmatiques de vendre et d'acheter ; le droit commun y aurait également pourvu.

Donc l'article 1589 est un texte mal venu. Si l'on veut en préciser le sens exact et la portée pratique, voici ce qu'on peut dire. Il résulte de l'article 1589 que la promesse échangée de vente vaut vente, sauf dans les cas où soit les termes employés, soit les circonstances imposent une interprétation différente. Voilà, en définitive, à quoi se réduit cette disposition ; et c'est, en vérité, peu de chose.

SECTION II. — **La capacité des parties.**

47. La deuxième condition nécessaire à la validité de la vente, comme de toute convention, est la capacité des parties [1].

L'article 1594 rappelle spécialement à propos de la vente le principe du droit commun : « Tous ceux auxquels la loi « ne l'interdit pas peuvent acheter ou vendre. » C'est la reproduction de la règle édictée par l'article 1123 : « Toute « personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée inca« pable par la loi. »

Il suffit, dès lors, d'énumérer les incapacités. Voici quelles elles sont en matière de vente.

48. En premier lieu, toutes les personnes qui sont incapables de contracter en général sont, par cela même, incapables d'acheter et de vendre. Il serait superflu de rappeler ici les incapacités générales ; elles sont indiquées à l'article 1124 [2]. La sanction est celle de l'article 1125 ; elle consiste en une nullité relative [3]. Il convient toutefois d'ajouter à l'énumération l'incapacité de la femme dotale quant à ses biens dotaux (articles 1554 et 1560), car l'inaliénabilité de ces biens résulte d'une incapacité spéciale de la femme propriétaire [4].

1. *Les contrats et les obligations*, p. 82 et suiv.
2. *Ibid.*, p. 87.
3. *Ibid.*, p. 156 et suiv.
4. Nous reviendrons sur ce sujet dans la partie du *Cours de droit civil* intitulée : *Le contrat de mariage et les régimes matrimoniaux*. On peut consulter en attendant : Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, 2e édition, p. 449 et suiv., — Deloynes, *Revue critique*, 1882, p. 341 et suiv., — Renault, *ibid.*, 1885, p. 582, — Lyon-Caen, note dans Sir. 1876.II.65. — Cpr. *Pandectes françaises alphabétiques*, v° *Mariage*, n° 9457.

49. En second lieu, certaines personnes, tout en ayant la capacité de contracter en général, sont, par exception, déclarées incapables de vendre ou d'acheter. Ces personnes sont énumérées par les articles 1595 à 1597, qui doivent être complétés par quelques dispositions de lois spéciales. On peut les ranger en quatre catégories; et il n'est pas inutile de distinguer ces catégories les unes des autres, car la sanction de l'incapacité n'est pas la même dans tous les cas.

Première catégorie.

50. La personne dont l'immeuble a été frappé de saisie demeure propriétaire jusqu'à l'adjudication; mais elle ne peut plus, à partir de la transcription de la saisie, aliéner valablement l'immeuble au préjudice du saisissant ou des créanciers du saisissant. « La partie saisie, dit l'article 686 « du Code de procédure, ne peut, à compter du jour de la « transcription de la saisie, aliéner les immeubles saisis, à « peine de nullité, et sans qu'il soit besoin de la faire pro- « noncer [1]. »

La nullité est encourue de plein droit, sans qu'il soit besoin de la faire prononcer. Cependant, elle ne peut être opposée ni par le saisi qui a consenti la vente, ni par l'acquéreur; car ce n'est pas dans leur intérêt qu'elle est établie, mais seulement dans l'intérêt des créanciers du saisi, notamment dans l'intérêt du saisissant [2]. Aussi la nullité cesse-t-elle de pouvoir être invoquée dès que le saisissant et les autres créanciers du saisi sont désintéressés; c'est l'hypothèse prévue par l'article 687 du Code de procédure [3].

1. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 25 et suiv. — Toutefois, si le saisi est incapable d'aliéner son immeuble, il peut le grever d'hypothèque : *ibid.*, tome II, p. 129.

2. Sur le caractère relatif de la nullité, voy. Garsonnet, *Traité de procédure*, 1re édition, IV, n° 664, p. 111. — Par créanciers du saisi, il faut entendre ses créanciers inscrits, et non ses créanciers chirographaires, car ceux-ci, le cas de fraude excepté, n'ont pas plus de droits que le saisi lui-même.

3. D'après M. Labbé (note dans Sir. 1877.I.441), l'article 686 du Code de procédure n'édicte pas à l'encontre du saisi une incapacité de vendre. La règle posée par l'article 686 s'explique, d'après lui, par l'idée que la transcription de la saisie confère aux créanciers saisissants un droit réel ; d'où la conséquence qu'aucun droit ultérieurement constitué ne leur serait opposable : tout acte constitutif d'un pareil droit serait nul à leur égard, sans qu'il fût besoin de faire prononcer la nullité.

Mais comment admettre, dans ce système, que l'immeuble saisi puisse encore

En matière mobilière, le titre du Code de procédure relatif à la saisie-exécution (articles 583 et suivants) ne contient aucune disposition analogue à celle de l'article 686. Mais un résultat équivalent est assuré par l'application des articles 600 du Code de procédure civile et 400-3° du Code pénal [1].

Deuxième catégorie.

51. Certaines personnes, à raison des fonctions dont elles sont revêtues, sont déclarées incapables non pas précisément de vendre ou d'acheter, mais de faire le commerce de certaines choses.

Ainsi le commerce des bois est interdit aux agents forestiers (ordonnance du 1er août 1827, article 31). Toutefois il ne s'agit pas là d'une incapacité, au sens exact du mot. Les achats ou ventes faits au mépris de l'ordonnance restent valables, et la défense n'a pas d'autre sanction que la révocation de l'agent qui l'a violée. Il s'agit donc uniquement d'une prohibition professionnelle, d'une interdiction réglementaire.

Au même ordre d'idées se rattache l'article 176 du Code pénal. Divers fonctionnaires qui y sont dénommés ne peuvent faire le commerce des grains, farines, vins, boissons, etc..... Ici encore, il ne s'agit pas d'une incapacité proprement dite ; les actes d'achat ou de vente faits au mépris de la prohibition restent valables, et font simplement encourir une pénalité au fonctionnaire qui en serait l'auteur. Ces dispositions s'expliquent par la crainte des abus d'autorité ou d'influence, par la vieille appréhension des tentatives d'accaparement.

Troisième catégorie.

52. Certaines personnes, toujours à raison des fonctions qu'elles exercent, sont incapables d'acquérir certains droits dont l'exercice pourrait faire suspecter leur impartialité.

être grevé d'hypothèque même au préjudice du saisissant? D'autre part, si l'idée proposée par M. Labbé était exacte, le droit constitué après la transcription de la saisie serait inopposable aux créanciers saisissants, et rien de plus ; or l'article 686 déclare nul l'acte même d'aliénation, ce qui est bien différent.

1. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 25. — Cpr. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, V, nos 218 et suiv. — Sur les caractères constitutifs du délit prévu par l'article 400-3° du Code pénal, voy. Cass. 8 novembre 1894 et 18 juillet 1895, D. P. 1896.I.55, — Lyon 27 juin 1899, D. P. 1900.II.127.

L'article 1597 défend aux magistrats et à certains officiers publics ou ministériels de se rendre cessionnaires des droits litigieux qui seraient, en cas de procès, portés devant les tribunaux dans le ressort desquels ces magistrats et officiers exercent.

Dans l'énumération présentée par l'article 1597 figure une catégorie de personnes dont le nom a vieilli : ce sont les défenseurs officieux. Il faut lire : les avocats. L'ordre des avocats, supprimé par la loi des 2-11 septembre 1790, a été rétabli seulement par celle du 22 ventôse an XII ; or le titre *De la vente* a été décrété par le Corps législatif le 15 ventôse an XII.

Les personnes énumérées sont toutes celles qui rendent la justice ou concourent à l'administration de la justice. Les magistrats, avocats et officiers ministériels d'une Cour d'appel ne peuvent se rendre cessionnaires des droits litigieux de la compétence d'un des tribunaux du ressort. Les magistrats et avocats d'un tribunal de première instance peuvent se rendre cessionnaires des droits litigieux rentrant dans la compétence d'un autre tribunal du ressort. Quant aux magistrats et avocats de la Cour de cassation, ils se trouvent frappés d'une prohibition absolue, puisque la Cour a compétence sur la France entière.

La règle posée par l'article 1597 s'étend aux membres des tribunaux administratifs : conseillers de préfecture, conseillers d'Etat. Elle est applicable aux membres des tribunaux de commerce.

53. Le motif de la règle se devine.

L'efficacité d'un droit litigieux étant subordonnée au résultat d'un procès, il ne faut intéresser à l'issue du litige ni ceux qui sont appelés à le juger, ni ceux qui concourent à œuvre de la justice. Sans aller jusqu'à craindre qu'ils s'oublient au point d'abuser de leur situation, il a paru nécessaire d'éviter même qu'ils s'exposent à être soupçonnés de le faire.

54. La sanction de la prohibition est double.

En premier lieu, la vente consentie au mépris de la prohibition est nulle ; par conséquent, le droit cédé reste au cédant. La nullité peut être invoquée : 1° par le débiteur cédé s'il s'agit d'un droit personnel, — 2° par le cédant. Peut-elle l'être par le cessionnaire ? On pourrait en douter, car il paraît peu rationnel de faire bénéficier le cessionnaire d'une

règle établie contre lui ; cependant il s'agit là d'un intérêt d'ordre public, car la prohibition tend à sauvegarder la dignité de la justice ; dès lors, la nullité est elle-même d'ordre public, par conséquent absolue : elle ne se couvre pas et peut être invoquée par tout intéressé [1].

En second lieu, la violation de la prohibition peut donner ouverture à des dommages-intérêts, s'il y a lieu.

55. Pour bien saisir la portée de l'article 1597, il faudrait savoir ce qu'est au juste un droit litigieux. Nous retrouverons cette question à propos de l'article 1699, relatif au retrait litigieux. Contentons-nous d'indiquer par avance l'idée essentielle, sauf à l'établir plus tard : pour qu'un droit soit regardé comme litigieux, au point de vue de l'application de l'article 1597, il n'est pas nécessaire qu'il y ait procès engagé au moment de la cession, il suffit que le droit cédé soit susceptible de discussions judiciaires prévues et sérieuses.

Quatrième catégorie.

56. Certaines personnes sont déclarées incapables de vendre ou d'acheter à raison des rapports qui existent entre elles. Ces incapacités sont établies par trois textes : les articles 1596 du Code civil, 711 du Code de procédure, et 1595 du Code civil.

I. INCAPACITÉS ÉTABLIES PAR L'ARTICLE 1596 DU CODE CIVIL.

57. Aux termes de l'article 1596, les personnes chargées d'administrer le bien d'autrui en vertu d'un mandat, général ou spécial, légal ou conventionnel, sont incapables d'acquérir les biens qu'elles ont mission d'administrer.

58. **Le premier alinéa** de notre article interdit aux tuteurs d'acheter les biens de leurs pupilles [2].

Par le mot « tuteurs », le Code a entendu désigner non seulement les tuteurs proprement dits, mais en outre les co-tuteurs [3] et protuteurs [4]. L'incapacité n'atteint ni le subrogé-

1. *Les contrats et les obligations*, p. 161 et suiv.
2. Voy. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 507.
3. *Ibid.*, p. 455.
4. *Ibid.*, p. 456.

tuteur[1], ni le curateur[2], notamment le curateur *ad ventrem*[3], ni le conseil judiciaire[4]; en effet, l'article 1596, établissant une incapacité, doit être interprété d'une manière restrictive[5]. La question est discutable de savoir si le père administrateur légal doit être assimilé au tuteur sous le rapport qui nous occupe[6].

Le motif de cette prohibition est très apparent. On veut éviter de mettre l'intérêt aux prises avec le devoir. Le tuteur a, comme tel, le devoir de veiller à ce que la chose vendue atteigne un prix aussi élevé que possible ; comme acheteur, son intérêt serait qu'elle fût vendue le moins cher possible. L'article 1596 supprime le conflit en mettant obstacle à la vente ; et il ne fait, en cela, que reproduire la disposition de l'article 450 alinéa 3.

La prohibition est conçue en termes généraux. Elle doit donc être regardée comme s'appliquant aux ventes volontaires et aux ventes forcées[7].

59. Si absolue que soit la règle, elle n'en comporte pas moins quelques exceptions, notamment les deux suivantes.

1° Lorsque le tuteur a une hypothèque sur un immeuble du mineur et que cet immeuble est mis en vente, le tuteur peut surenchérir[8].

2° Lorsque le tuteur est copropriétaire d'un immeuble par

1. *L'état et la capacité des personnes*, tome. II, p. 441.— Voy. Grenoble 4 janvier 1854, D.P.1856.II.238, Sir. 1855.II.782, — trib. de la Seine 22 février 1894, *Pandectes françaises périodiques*, 1895.II.37.

2. *Ibid.*, p. 540 et suiv.

3. *Ibid.*, p. 460. — Voy. Toulouse 6 décembre 1883, Sir. 1884. II. 66, — Cass. 19 avril 1887, D. P. 1887.I.490, Sir. 1887.I.379, *Pandectes françaises périodiques*, 1887.I.377.

4. *Ibid.*, p. 608 et suiv.

5. L'article 1594 est ainsi conçu : « Tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas peuvent acheter ou vendre ». — Cpr. Aubry et Rau, 4e édition, IV, § 351, note 12.

6. Dans le sens de l'affirmative, voy. Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 236, — Demolombe, *Puissance paternelle*, nos 440 et 441. — *Contrà*, Aubry et Rau, 4e édition, I, § 123, texte et note 42.

7. Aubry et Rau, 4e édition, IV, § 351, texte et note 7, — Demolombe, *Minorité*, I, nos 751 et 752, — Laurent, XXIV, n° 44, — Guillouard, *Vente*, I, n° 119, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 232,— Paris 11 décembre 1835, *Journal du Palais*, 1840.I.468.

8. Aubry et Rau, IV, § 351, texte et note 8, — Demolombe, *Minorité*, I, n° 753, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 233, — Guillouard, I, n° 121,— Laurent, XXIV, n° 45.

indivis avec le mineur, il peut se porter acquéreur sur licitation[1].

Dans ces cas et autres semblables[2], le tuteur devra conclure la vente avec le subrogé tuteur, dont la fonction essentielle consiste précisément à représenter le pupille quand les intérêts de celui-ci sont en opposition avec ceux du tuteur (article 420 alinéa 2)[3].

60. Le texte n'interdit au tuteur que l'achat des biens du pupille. Le tuteur pourrait-il vendre ses biens à son pupille? Le danger est égal; il est même plus manifeste, car la loi oblige le tuteur à demander l'autorisation préalable du conseil de famille pour la vente de certains biens du pupille[4], tandis que cette garantie n'existe pas pour les acquisitions faites au nom du pupille. Cependant, comme une semblable opération n'est interdite nulle part, et qu'il s'agit d'une incapacité, il ne faut pas aller au delà des textes[5]. C'est une bizarrerie. Le tuteur passera l'acte d'achat avec le subrogé tuteur, puisqu'il y a opposition d'intérêts entre lui et son pupille.

61. Le deuxième alinéa de l'article 1596 interdit aux mandataires d'acheter les biens qu'ils sont chargés de vendre. Le tuteur, dont s'occupe l'alinéa 1, est un mandataire légal. Si l'alinéa 2 parle spécialement des mandataires, c'est qu'il entend viser les autres mandataires légaux et les mandataires conventionnels.

L'idée est toujours la même. La prohibition est édictée à raison de l'opposition d'intérêts; on craint que le devoir ne soit sacrifié.

1. Aubry et Rau, IV, § 351, texte et note 9, — Demolombe, *Minorité*, I, n° 754. — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 233, — Guillouard, I, n° 120, — Laurent, XXIV, n° 45; — Montpellier 10 juin 1862, D. P. 1863.II.30, Sir. 1862. II.401, — Pau 14 août 1866, D. P. 1867.II.120, Sir. 1867.II.312.

2. Supposons, par exemple, que le tuteur ait l'usufruit des biens de son pupille. Il n'y a pas indivision entre l'usufruitier et le nu propriétaire. Mais il peut arriver que l'usufruit et la nue propriété soient vendus ensemble. Dans ce cas, le tuteur peut se rendre adjudicataire : Aubry et Rau, IV, § 351, texte et note 10, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 233, — Paris 12 avril 1856,D.P. 1856.II.228, Sir. 1856.II.406.

3. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 441.

4. *Ibid.*, p. 494 et 505.

5. En ce sens, Aubry et Rau, IV, § 351, p. 349, note 19, — Troplong, *Vente*, I, n° 194, — Laurent, XXIV, n° 50; — Cass. 20 novembre 1877, D. P. 1877. I.497, Sir. 1878.I.22. — Paris 15 juillet 1887, *Pandectes françaises périodiques*, 1886.II.275.

L'alinéa 2 de l'article 1596 s'applique aux notaires chargés des ventes, aux commissaires-priseurs et aux courtiers. L'interdiction d'acheter vise également l'avoué qui poursuit soit la vente d'un bien de mineur ou de femme dotale, soit une vente publique volontaire quelconque en qualité de mandataire du vendeur.

62. Le troisième alinéa défend aux administrateurs d'une commune ou d'un établissement public d'acheter les biens confiés à leur administration. Un maire peut vendre à sa commune un bien lui appartenant, mais il ne lui est pas permis d'acheter un bien appartenant à la commune.

63. Enfin le quatrième alinéa fait défense aux officiers publics de se porter acquéreurs « des biens nationaux dont la vente « s'accomplit par leur ministère ».

64. La nullité des achats passés au mépris de l'article 1596 est une nullité relative. Elle peut être invoquée par les personnes au profit desquelles l'interdition est établie, c'est-à-dire par les personnes dont les biens ont été vendus contrairement aux prohibitions de la loi. Elle ne peut pas l'être par les personnes à l'encontre desquelles la prohibition est établie ; sans doute le texte ne distingue pas, mais il est impossible d'admettre qu'un mandataire infidèle puisse se prévaloir de la violation de la loi qu'il a commise [1].

Notons enfin que la nullité atteint non seulement les ventes faites directement, mais aussi celles qui auraient été faites par personnes interposées. La question de savoir si la personne qui figure au contrat en qualité d'acheteur est une personne interposée est une question de fait, entièrement laissée à l'appréciation du juge [2].

II. INCAPACITÉS ÉTABLIES PAR L'ARTICLE 711 DU CODE DE PROCÉDURE.

65. L'article 711 du Code de procédure interdit aux avoués de se rendre adjudicataires, en cas de vente forcée, soit pour

1. Aubry et Rau, 4e édition, IV, § 351, texte et note 19, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 250, — Guillouard, I, n° 131, — Laurent, XXIV, n° 50 ; — trib. de la Seine 22 février 1894, *Pandectes françaises périodiques*, 1895.II.37.

2. Aubry et Rau, IV, § 351, note 17. — Les présomptions légales d'interposition de personnes établies par les articles 911 et 1100 en matière de donation ne s'appliquent pas, comme telles, en matière de vente : Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 252, — Guillouard, I, n° 130, — Laurent, XXIV, n° 49, — Cass. 4 avril 1837, Sir. 1837.I.332, — 3 avril 1838, Sir. 1838.I.368.

le saisi, soit pour une personne notoirement insolvable [1], soit pour les juges, officiers du ministère public ou greffiers du tribunal où se poursuit la vente [2].

En outre, l'article 711 interdit aux avoués de se porter personnellement adjudicataires dans les ventes où ils occupent pour le poursuivant. Cette prohibition ne résulte pas du second alinéa de l'article 1596 ; en effet, le créancier poursuivant n'étant pas un vendeur, l'avoué de ce créancier est un mandataire chargé de poursuivre et non un mandataire chargé de vendre. Mais la prohibition que le législateur de 1804 n'avait pas édictée a été introduite par la loi du 2 juin 1841 dans le nouvel article 771 du Code de procédure ; l'avoué poursuivant ne peut pas se rendre adjudicataire pour son compte personnel.

66. Il convient, d'ailleurs, de reproduire ici les deux observations que nous avons présentées à propos des incapacités établies par l'article 1596 du Code civil [3]. D'une part, la nullité des actes passés au mépris de la prohibition établie par l'article 711 du Code de procédure est une nullité relative, ne pouvant être invoquée que par les personnes au profit desquelles l'interdiction légale est établie. D'autre part, la nullité atteint les ventes faites non seulement d'une manière directe, mais par personnes interposées.

III. INCAPACITÉ ÉTABLIE PAR L'ARTICLE 1595.

67. L'article 1595 interdit la vente entre époux. Il déclare qu'elle ne peut avoir lieu que dans trois cas, ce qui implique naturellement qu'elle est interdite dans tous autres ; de sorte

1. Sur la responsabilité que peut encourir l'avoué qui enchérit pour un insolvable et sur la façon dont cette insolvabilité doit être appréciée, voy. trib. de Lyon 11 mai 1889, *Pandectes françaises périodiques*, 1890.II.54, — Cass. 31 mars 1890, *ibid.*, 1891.I.68 (note de M. Cabouat), — 12 janvier 1891, *ibid.*, 1891.I.228, D. P. 1891.I.205.

2. La question est discutée de savoir s'il est permis aux avoués de se rendre adjudicataires pour le compte du conjoint de la partie saisie. Cette question est habituellement résolue dans le sens de l'affirmative. Voy. Aubry et Rau, IV, § 351, note 16, — Troplong, I, n° 192, — Toulouse 16 juillet 1890, D. P. 1893.II.385.

La prohibition édictée par l'article 711 n'atteint ni le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, ni l'héritier bénéficiaire ; l'un et l'autre peuvent se rendre adjudicataires des biens dont l'expropriation est poursuivie contre eux. Voy. Aubry et Rau, IV, § 351, note 16, — Guillouard, I, n° 129.

3. *Suprà*, n° 64.

qu'il contient à la fois la règle et les exceptions, ou plutôt il suppose la règle par les exceptions qu'il énonce.

68. Cette interdiction est tout ce qui subsiste aujourd'hui d'une prohibition beaucoup plus large admise jadis. L'ancien droit, en effet, prohibait, d'une façon générale, les contrats entre époux, tous les contrats sans exception [1].

L'ancienne prohibition n'est reproduite nulle part par le droit moderne. Et, puisqu'aux termes de l'article 1123 « toute « personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée inca- « pable par la loi », il faut conclure que les contrats sont autorisés entre époux, au moins en principe, à l'inverse de ce qui était admis jadis.

De la règle ancienne il ne subsiste plus que trois vestiges.

1° La donation entre époux est soumise à un régime particulier. Elle est autorisée ; mais les donations faites, dit l'article 1096, « seront toujours révocables ».

2° La jurisprudence admet, bien qu'aucun texte ne le dise et à raison de considérations tirées de la nature du contrat, que la société en nom collectif contractée entre époux est nulle [2].

3° La vente est interdite entre époux, sauf dans trois cas (article 1595).

De ces trois vestiges d'un système abandonné, le dernier est le plus important. Même dans les limites restreintes où elle est admise, la prohibition de la vente entre époux fait échec au principe de la liberté des conventions. Elle ne s'explique qu'imparfaitement ; du moins, il n'en peut être donné que des motifs insuffisants.

69. Dans la pensée des rédacteurs du Code civil, la prohibition est motivée par les trois considérations suivantes.

1. Sur les origines historiques de l'article 1595, voy. Guillouard, I, n° 145. — La prohibition des contrats à titre onéreux entre époux formait le droit commun de la France coutumière : Pothier, *Des donations entre mari et femme*, n° 78. Toutefois, les coutumes n'étaient pas uniformes sur l'étendue de la prohibition. La coutume de Paris permettait les contrats à titre onéreux nécessaires : Dumoulin, *Commentaire de la Coutume de Paris*, article 156, n° 5. D'après la coutume de Normandie, la femme pouvait recevoir en remploi les biens du mari : Basnage, sur l'article 411 de la Coutume de Normandie. Enfin, d'autres coutumes, notamment celle de Bourgogne, autorisaient les contrats entre époux s'ils étaient faits avec le consentement de leurs héritiers présomptifs.

2. Voy. Cass. 9 août 1851, D. P. 1852.I.160, Sir. 1852.I.281, — Paris 14 avril 1856, D. P. 1856.II.231, Sir. 1856.II.333, — Cass. 3 août 1859, D. P. 1859.I.419, Sir. 1859.I.801, — Metz 22 août 1861, Sir. 1862.II.330, — Dijon 27 mai 1870, Sir. 1871.II 868, — Paris 24 janvier 1885, sous Cass. 6 février 1888, D. P. 1888.I.401,

La première est d'ordre très général. On a redouté l'influence qu'un des époux pourrait exercer sur l'autre, et l'abus qu'il en pourrait faire en vue de dépouiller son conjoint.

La raison est évidemment insuffisante. Si on la prenait tout à fait au sérieux, elle ne conduirait à rien moins qu'à proscrire non seulement la vente, mais tout contrat entre époux, comme faisait l'ancien droit, car cette considération n'a rien de spécial à la vente. Ainsi une femme peut cautionner son mari ; le mari, ce qui est plus rare en fait, peut cautionner sa femme. Or, l'un des époux, en obtenant ainsi le cautionnement de l'autre, peut certainement ruiner celui-ci et, par conséquent, s'enrichir à ses dépens. Pourquoi, si la raison donnée est bonne, en limiter ainsi la portée ?

La seconde considération est spéciale à la vente. On a craint que les ventes entre époux ne devinssent un moyen trop facile, pour celui des conjoints qui a des dettes, de soustraire ses biens à l'action de ses créanciers. Le mari, menacé de saisie, vendrait sur-le-champ ses biens à sa femme, ou réciproquement. Cette pratique rendrait facile les combinaisons frauduleuses, l'époux ayant toujours ainsi un acheteur sous la main.

Cette raison n'est pas non plus déterminante. En effet, les créanciers ne sont-ils pas suffisamment protégés par le droit que leur réserve l'article 1167 d'attaquer et de faire révoquer les actes faits en fraude de leurs droits ? Pourquoi, dès lors, aller jusqu'à la mesure radicale de la prohibition ?

La troisième considération est assurément celle qui a eu le plus de poids. La vente, a-t-on dit, offrirait aux époux un moyen trop facile d'éluder l'article 1096. Le droit actuel admet les donations entre époux, mais il les déclare essentiellement révocables ; elles ne sont valables, en fin de compte, que si le donateur persiste jusqu'à sa mort dans la volonté de donner. Or, au moyen de ventes plus ou moins sincères, ne serait-il pas trop facile d'imprimer aux libéralités un caractère d'irrévocabilité que la loi leur refuse ? A la vérité, si la simulation était découverte, l'acte pourrait être ramené à son caractère véritable et soumis aux règles qui lui sont applicables comme tel ; mais les juges seraient souvent embarrassés pour décider s'il y a déguisement ; afin d'éviter des recherches difficiles, on a pris le parti de prohiber d'une façon générale l'emploi du procédé qui rendrait la superche-

rie possible. Ce qui prouve bien que tel a été le point de vue du législateur, c'est que l'article 1595 y fait une allusion manifeste à propos des exceptions; ç'a été la préoccupation dominante.

Tels sont les motifs de la règle édictée par l'article 1595. Ce texte s'inspire d'une idée contestable ; il supprime le droit, afin d'écarter la possibilité de l'abus.

70. La sanction consiste dans la nullité de la vente qui serait faite au mépris de l'article 1595. La nullité peut être invoquée par les époux eux-mêmes, par leurs héritiers, par leurs créanciers respectifs; car la prohibition est établie dans l'intérêt de ces trois catégories de personnes.

Le contrat qui est frappé de nullité en tant que vente peut-il du moins valoir comme donation déguisée, lorsqu'il couvre une libéralité que l'un des époux a voulu faire à l'autre ? Certains auteurs le soutiennent [1], mais cette opinion ne peut pas être admise. En effet, sans doute la jurisprudence valide les donations déguisées sous forme de contrats à titre onéreux [2], mais c'est à la condition que les actes qui contiennent de pareilles donations soient valables eu égard à leur caractère apparent; la loi, défendant la vente entre époux, enlève aux époux la faculté de se faire des donations sous forme de vente [3].

71. Arrivons maintenant aux exceptions que comporte la règle. Elles sont au nombre de trois : « 1° Celui où l'un des « deux époux cède des biens à l'autre, séparé judiciairement « d'avec lui, en paiement de ses droits ; — 2° Celui où la ces- « sion que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une « cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles alié- « nés ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou « deniers ne tombent pas en communauté ; — 3° Celui où la

1. En ce sens : Toullier, XII, n° 41, — Troplong, I, n° 185, — Duvergier, I, n° 183. — Toutefois, ces deux derniers auteurs font une distinction. Les parties ont-elles eu l'intention de faire une donation, l'opération sera traitée comme telle, et on appliquera, en conséquence, les articles 1096 et 1099. Ont-elles, au contraire, entendu faire une vente véritable, l'opération sera nulle, puisqu'on ne se trouve dans aucun des cas où la vente entre époux est autorisée.

2. Voy. *infrà*, n° 139, *in fine*.

3. *Sic* : Aubry et Rau, IV, § 351, note 32, — Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 22 *bis* I, — Guillouard, I, n° 165, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 226, — Cass. 31 janvier 1837, Sir. 1837.I.533, — Toulouse 20 mai 1886, D. P. 1887. II.40.

« femme cède des biens à son mari en paiement d'une somme « qu'elle lui aurait promise en dot, et lorsqu'il y a exclusion « de communauté. »

Ces trois exceptions supposent que l'un des époux est débiteur au regard de son conjoint. Dans les trois cas, l'époux débiteur est autorisé à céder à l'époux créancier un bien meuble ou immeuble en paiement de ce qu'il doit.

Si l'article 1595 déroge alors à la prohibition, qui reste la règle, c'est pour faciliter la libération, pour dispenser l'époux débiteur d'aliéner ses biens à l'effet de se procurer les sommes nécessaires à sa libération. D'ailleurs, le fait qu'il y a dette exclut toute supposition d'une libéralité déguisée et établit la légitimité de l'opération.

De sorte que dans les trois cas prévus, il n'y a pas vente à proprement parler. Il y a *datio in solutum*, c'est-à-dire remise d'une chose, avec le consentement du créancier, aux lieu et place de la somme due et pour tenir lieu de paiement (article 1243)[1].

L'article 1595 considère les deux opérations comme équivalentes, puisqu'il autorise la *datio in solutum* comme exception à une règle qui prohibe la vente. De fait, il y a entre elles une grande analogie. D'une part, le créancier qui reçoit une chose *in solutum* l'achète en quelque sorte pour un prix égal au montant de ce qui lui était dû ; il acquiert *rem pro pretio*. D'autre part, le débiteur, gardant la somme qu'il doit, est dans la même situation qu'un vendeur qui aurait reçu cette somme en paiement de la chose remise par lui ; il aliène *rem pro pretio*. Il y a vente, en définitive, et compensation du prix qui serait dû avec la créance éteinte.

Si les deux opérations se ressemblent, il y aurait cependant exagération à dire qu'elles se confondent ; elles sont séparées par plusieurs différences, dont quelques-unes sont importantes[2]. Quoi qu'il en soit, l'article 1595 les assimile d'une façon générale.

72. Reprenons les trois hypothèses dans lesquelles l'article 1595 autorise la vente entre époux.

I

73. La première est indiquée d'une manière très nette par

1-2. *Les contrats et les obligations*, p. 480 et suiv.

l'article 1595-1° ; c'est celle « où l'un des deux époux cède « des biens à l'autre, séparé judiciairement d'avec lui, en « paiement de ses droits ».

Une séparation de biens prononcée a dissous le régime adopté par contrat de mariage. La dissolution du régime a amené une liquidation. Par l'effet de cette liquidation, l'un des époux se trouve débiteur de l'autre ; l'époux débiteur peut, en paiement de ce qu'il doit à l'autre, céder des biens lui appartenant.

Bien entendu, l'opération n'est possible que si l'époux créancier y consent. Car, en principe, le débiteur est tenu de payer ce qu'il doit (article 1243) ; et le consentement du créancier est nécessaire pour que le débiteur puisse y substituer autre chose [1].

74 Terminons par deux observations.

1° Il n'y a pas à distinguer suivant le régime sous lequel les époux étaient mariés : régime de communauté ou régime exclusif de communauté. Dès que la liquidation intervenue à la suite de la séparation de biens constitue l'un des époux débiteur et l'autre créancier, il y a place pour une *datio in solutum*.

2° L'exception apportée à la règle est réciproque. Les deux conjoints peuvent, selon les circonstances, jouer le rôle de cédant ou de cessionnaire.

II

75. La deuxième hypothèse dans laquelle la loi autorise la *datio in solutum* est moins bien précisée. Elle est indiquée par le 2° de l'article 1595 ; c'est celle « où la cession que le mari « fait à la femme, même non séparée, a une cause légitime, « telle que le remploi de ses immeubles aliénés, ou de de- « niers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne « tombent pas en communauté ».

Dégageons l'hypothèse. La femme, au cours du mariage, a contre le mari une créance, que ce dernier doit ou du moins peut acquitter présentement. Il est loisible au mari de céder en paiement, avec l'agrément de la femme créancière, les biens qui lui appartiennent, ou plutôt les biens dont il peut disposer. La cession, dans ce cas, a une « cause légitime » ;

1. *Les contrats et les obligations*, p. 180.

de même que dans l'hypothèse précédente, les circonstances expliquent la cession et écartent toute supposition d'une libéralité dissimulée : en effet, il y a une dette dont la préexistence est prouvée.

76. Peu importe, ici encore, le régime sous lequel les époux sont mariés. Sous tous les régimes, en effet, il se peut que la femme ait contre le mari, au cours du mariage, une créance susceptible d'acquittement actuel.

Mais, à l'inverse du cas précédent, l'exception, ici, n'est plus réciproque. Le mari seul peut consentir à la femme la cession prévue par le texte ; la femme ne serait pas admise à faire une pareille cession à son mari, celui ci eût-il contre elle une créance susceptible d'être acquittée immédiatement.

Pourquoi cette distinction, qui ressort formellement des termes de la loi ? Aucune raison ne l'explique, sinon la suivante : il est rare que le mari soit créancier de la femme au cours du mariage, tandis que, sous tous les régimes, l'application des principes généraux amène fréquemment et tout naturellement des créances de la femme contre le mari [1].

77. La question la plus importante est de savoir dans quels cas la créance de la femme est une « cause légitime » de la cession que le mari lui consent.

78. Le texte de l'article 1595-2° prévoit deux cas et les cite à titre d'exemple.

1° Un bien, propre à la femme, a été aliéné ; le prix a été touché par le mari, soit comme chef de la communauté s'il y a régime de communauté, soit personnellement si le régime est exclusif de communauté ; il y a lieu à remploi : le mari peut céder à la femme un de ses biens pour lui tenir lieu de remploi. Il pourrait également, s'il y a communauté entre eux, céder à la femme un bien de la communauté, puisqu'il a le droit de disposer des biens communs à titre onéreux comme des siens propres (article 1421). Dans ce dernier cas, le prix du propre de la femme étant tombé en communauté (article 1433), la communauté se trouve libérée par le remploi opéré en biens communs, et il n'y a lieu à aucune récompense. Si le mari cède en remploi un de ses propres, il acquitte en biens lui appartenant la dette de la communauté, et il a droit à récompense (article 1437).

1. Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 20 *bis* IV, — Aubry et Rau, 4° édition, IV, p. 350, — Laurent, XXIV, p. 44.

2° Des deniers appartiennent en propre à la femme ; le mari les détient ; il y a lieu à emploi. Les mêmes éventualités sont possibles. Pour tenir lieu d'emploi à la femme, le mari peut lui céder un de ses immeubles personnels, ou, s'il y a communauté entre eux, un bien de la communauté.

Ces deux cas sont formellement prévus au texte. Dans l'un comme dans l'autre, la femme possède une créance susceptible de paiement actuel ; cette créance est une « cause « légitime » de cession par le mari.

79. Peut-on prévoir d'autres cas ?

La réponse n'est pas douteuse. L'article 1595 ne cite les deux précédents qu'à titre d'exemple ; il n'entend fournir qu'une simple indication, n'ayant rien de limitatif. Il faut donc généraliser la formule.

Les deux cas prévus ont ceci de particulier qu'ils se produisent par application des règles constitutives du régime matrimonial sous lequel les époux sont mariés ; ce sont des cas d'emploi ou de remploi. Mais il n'existe aucune raison pour ne pas admettre la cession toutes les fois que le mari est, à un titre quelconque, débiteur envers sa femme de sommes susceptibles d'un remboursement actuel [1].

Pour que l'article 1595-2° soit applicable, il faut et il suffit : 1° que la femme soit créancière du mari, — 2° que la dette soit susceptible de paiement actuel, — 3° que la dette apparaisse, en fait, comme étant une cause légitime, autrement dit une explication naturelle de la cession. Il n'est donc pas nécessaire que la dette ait pour origine des combinaisons d'intérêts résultant du régime matrimonial, comme dans les cas prévus au texte ; il suffit que le mari soit débiteur, fût-ce pour une cause étrangère au régime. Par exemple, il a succédé à un débiteur de la femme, ou bien il doit le remboursement d'avances que la femme lui a faites en deniers propres ; il peut la payer en biens lui appartenant, si elle y consent, pourvu que la dette soit loyale et ne constitue pas un détour imaginé pour tourner la prohibition, en d'autres termes pourvu qu'elle soit une cause légitime de la cession intervenue [2].

1. Nous reproduisons ici la formule d'Aubry et Rau, IV, p. 350. — Cpr. Agen 4 décembre 1854, Sir. 1855.II.62, — Poitiers 11 août 1863, Sir. 1865.II. 302, — Grenoble 24 mai 1867, Sir. 1868.II.104.

2. Cass. 11 juillet 1888, D. P. 1889.I.60, — 16 avril 1889, D. P. 1889.I.375, — Riom 3 janvier 1888, D. P. 1889.II.124, — Douai 2 juin 1894, D. P. 1895. II.515, — Cass. belge 7 février 1895, D. P. 1896.II.295.

80. Voici, pour en finir avec le 2° de l'article 1595, deux questions à propos desquelles il y a controverse.

Première question. — La femme, séparée de biens ou mariée sous le régime dotal, a réalisé des économies sur les revenus de ses paraphernaux. Le mari peut-il, pour lui en procurer le placement, lui céder un de ses immeubles?

Non. En effet, le mari n'étant pas débiteur, l'opération constituerait une vente entre époux prohibée par l'article 1595. Si le mari avait touché les sommes et en était resté débiteur, la solution serait différente (articles 1539, 1579 et suivants), pourvu qu'il n'y ait pas eu calcul frauduleux et intention d'éluder la loi.

Seconde question. — Le mari peut-il, au cours du mariage, céder des biens à la femme en paiement de sa dot, plus généralement de ses reprises?

Non. Sans doute il s'agit de créances très légitimes, résultant du régime ; mais elles ne sont pas susceptibles de paiement actuel, car il n'y a lieu à restitution de la dot ou à paiement des reprises qu'à la dissolution du mariage[1]. Il est vrai qu'en cas d'aliénation d'un propre, il y a lieu à reprise au profit de la femme à concurrence du prix ; mais l'opération du remploi est prévue comme possible au cours du mariage, tandis que la liquidation des reprises avant la dissolution du mariage serait irrégulière comme contraire à l'article 1395, qui pose le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Donc il n'y a pas là une cause légitime.

L'intérêt de la question peut être très appréciable dans certains cas, tant pour la femme que pour les créanciers du mari. Voici l'hypothèse la plus pratique. Le mari est déclaré en faillite, et le syndic procède à l'inventaire des biens ; au cours de l'opération, la femme réclame un ou plusieurs objets comme lui ayant été cédés par son mari en paiement

1. La thèse contraire a été consacrée par certaines décisions judiciaires : Poitiers 11 août 1863, D. P. 1865.II.103, Sir. 1865.2.303, — Chambéry 21 février 1876, Sir. 1876.II.143, — Douai 10 novembre 1880 et trib. d'Arras 7 octobre 1882, Sir. 1883.II.253, — Alger 6 mars 1882, Sir. 1884.II.137. — Mais la grande majorité des arrêts subordonne à l'exigibilité de la créance de la femme la validité de la cession consentie par le mari. Voy. les arrêts cités à la note précédente ; *adde* : Bourges 25 janvier 1871, Sir. 1871.II.9, — Cass. 1er juillet 1873, Sir. 1873.I.320, — Besançon 15 juin 1881, D. P. 1882.II.52, Sir. 1882.II.127, — Nîmes 9 janvier 1882, Sir. 1883.II.253, — Bordeaux 15 février 1882, D. P. 1883.II.176, Sir. 1884.II.27.

de ses reprises éventuelles, non liquidées ni même exigibles. La vente est-elle valable ? Si on l'admet, la femme sera désintéressée de ces droits éventuels au détriment des créanciers, qui verront ainsi diminuer leur gage ; si non, le résultat inverse se produira.

Certains passages des travaux préparatoires[1] ont été invoqués[2] comme permettant de soutenir qu'il n'y a pas de distinction à faire, et qu'il peut y avoir cause légitime, au point de vue de l'application du 2° de l'article 1595, sans que la créance soit exigible. Encore faut-il au moins que la dette existe, qu'elle soit certaine, susceptible d'être liquidée et susceptible de paiement actuel. Or ces conditions ne se réalisent pas quand la femme n'excipe que de ses reprises, lesquelles ne peuvent être liquidées qu'à la dissolution du régime. D'autre part, les termes de l'article 1595-2° indiquent que les rédacteurs de ce texte ont entendu fixer le caractère que doit avoir la dette au moyen des exemples par eux donnés ; or les exemples donnés sont ceux de dettes susceptibles de paiement actuel ; cette condition est donc essentielle.

Aussi la Cour de cassation n'a-t-elle jamais varié sur la question. Elle n'admet comme causes légitimes que les dettes susceptibles de paiement actuel [3].

Est-ce à dire qu'il faille admettre seulement les dettes exigibles ? La jurisprudence paraît aller jusque là [4]. Mais c'est aller trop loin. En effet, l'expression « dettes exigibles » voudrait dire : les dettes dont la femme pourrait exiger le paiement ; or elle ne peut pas exiger le remboursement du prix d'un propre aliéné et cependant la cession est permise ; donc il suffit que le paiement soit possible.

1. Voy. Fenet, XIV, p. 115, 155, 191.
2. Chambéry 21 février 1876, D. P. 1876.II.47. — Cpr. la note sous Cass. 15 juin 1881, D. P. 1882.I.193.
3. Cass. 14 juin 1839, Dalloz, *Répertoire*, v° *Vente*, n° 426, 7°, — 28 novembre 1855, D. P. 1856.I.319, — 2 juillet 1873, D. P. 1873.I.464, — 15 juin 1881, D. P. 1882.I.193. — Voy. aussi Grenoble 10 juillet 1840, Sir 1842.II.8, — Caen 4 janvier 1851, D. P. 1854.II.48, — Nimes 9 janvier 1882, Sir. 1882.II.253.
En ce sens : Cass. 2 juillet 1873, D. P. 1873.I.464, Sir. 1873.I.320, — Riom 3 janvier 1888, D. P. 1889.II.124, Sir. 1889.II.236, — Cass. 11 juillet 1888. D.P.1889.I.60, — 16 avril 1889, D. P. 1889.I.375, Sir.1890.I.22, — Douai 20 juin 1894, D. P. 1895.II.515, Sir. 1896.II.114, — Cass. belge 7 février 1895, D. P. 1896.II.295.

III

81. La troisième hypothèse dans laquelle la loi autorise la *datio in solutum*, par dérogation à la règle qui prohibe la vente entre époux, est prévue par le 3° de l'article 1595; c'est celle « où la femme cède des biens à son mari en paiement « d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot, et lorsqu'il « y a exclusion de communauté ».

De même que dans l'hypothèse précédente, la faculté d'effectuer la *datio in solutum* n'est pas réciproque. Le texte ne prévoit qu'une *datio* faite par la femme ; elle peut céder des biens au mari en paiement de la dot qu'elle lui a promise.

Rien n'est plus légitime. Il vaut manifestement mieux permettre à la femme de céder un de ses immeubles en paiement que de la contraindre à le vendre pour se procurer la somme due. A condition, bien entendu, que le mari y consente ; car, en sa qualité de créancier, il peut exiger ce qui lui est dû (article 1243) [1].

Mais la loi n'autorise la femme à céder ses biens à son mari qu'en paiement de la dot. Si donc la femme était débitrice envers son mari pour une autre cause, elle ne serait pas autorisée à lui faire une dation en paiement. Cette restriction est arbitraire ; peut-être aurait-il mieux valu généraliser la règle et autoriser la dation en paiement toutes les fois qu'il y a dette préexistante susceptible de paiement.

82. Dans quels cas la femme peut-elle user de cette faculté ? Il y a dot, ou du moins il peut y avoir dot sous tous les régimes (article 1540). Donc on peut être tenté d'appliquer la disposition qui nous occupe sous tous les régimes. Mais le texte dit : « Lorsqu'il y a exclusion de communauté. » Que signifie cette formule ?

L'exclusion de communauté est un régime à part, prévu par les articles 1530 et suivants sous le nom de régime sans communauté. Sous ce régime, tous les biens sont dotaux, et on comprend difficilement l'intérêt que peut avoir le mari à se faire consentir une *datio in solutum*, puisqu'il est usufruitier de tous les biens de la femme. Cependant le mari peut trouver avantage à cette combinaison. Supposons, par exemple, que la femme soit autorisée, en vertu du contrat de ma-

1. *Suprà*, n° 73.

riage et conformément à l'article 1534, à toucher annuellement sur ses seules quittances une portion de ses revenus pour ses besoins personnels ; la cession d'un de ses biens est de nature à modifier les rapports pécuniaires des époux au cours du mariage.

De ce que l'article 1595-3° vise expressément le régime sans communauté, faut-il conclure que ce texte est inapplicable à la femme mariée sous le régime dotal, si elle a des paraphernaux ? Il est difficile de l'admettre, car c'est précisément le cas d'application qui paraît le plus simple. La femme a stipulé un apport dotal de cent mille francs ; elle ne possède pas cent mille francs en espèces, mais elle possède un paraphernal qui représente la même somme, et elle le cède en paiement ; il y a identité de situation.

Ce qui prouve, d'ailleurs, que notre disposition est applicable à la femme mariée sous le régime dotal, c'est que la troisième exception consacrée par l'article 1595 n'a été insérée qu'après coup dans le texte, sur les réclamations du tribunal d'appel de Grenoble [1] et au nom des nécessités du régime dotal, dénommé souvent, dans l'ancien droit, régime d'exclusion de communauté. Cet incident des travaux préparatoires démontre d'une manière certaine que les mots « s'il y « a exclusion de communauté » ont été employés comme signifiant : s'il y a régime dotal.

Ce n'est pas, du reste, un motif pour soustraire à l'application du texte le régime exclusif de communauté, qui s'y trouve spécialement visé [2].

Mais ne faut-il pas aller plus loin et étendre l'exception au régime de communauté conventionnelle, à la clause d'apport prévue par l'article 1500 alinéa 2 ?

Il est permis de le soutenir. Les mots « lorsqu'il y a exclu- « sion de communauté » pourraient bien ne pas renvoyer à un régime déterminé, et viser simplement un fait ; le texte aurait alors la signification suivante : lorsqu'il y a exclusion de communauté du bien cédé, c'est-à-dire toutes les fois que la femme a des propres qu'elle peut donner à son mari en paiement de la dot promise. Avec cette interprétation, il n'y

1. Voy. Fenet, III, p. 584 et 585.
2. Aubry et Rau, IV, § 351, texte et note 25, — Baudry Lacantinerie et Saignat, n° 220, — Guillouard, I, n° 161.

aurait plus à s'occuper du régime sous lequel les époux sont mariés [1].

Toutefois, il existe une objection : sous le régime de la communauté légale, la communauté étant usufruitière des propres (article 1401-2°), tous les biens de la femme se trouvent être dotaux ; de sorte qu'il n'en est pas dont elle puisse disposer par voie de cession. On peut répondre qu'il en est de même sous le régime sans communauté, et aussi sous le régime dotal lorsque la femme n'a pas de pharaphernaux. D'ailleurs, sous tous les régimes, il est permis à la femme de se réserver la jouissance de certains biens ; et il se peut qu'un tiers lui ait fait une donation ou un legs sous condition qu'elle conserve la jouissance exclusive des biens donnés ou légués. Pourquoi, dès lors, ne pourrait-elle pas les céder ?

Du moment qu'on ne prend pas l'article 1595-3° à la lettre, pourquoi ne pas lui donner un sens raisonnable, et autoriser la femme à céder en paiement de sa dot, sans considération de régime, tous les éléments de son patrimoine qui ne sont pas affectés de dotalité ? Même sous le régime de communauté légale et en l'absence de toute condition spéciale imposée par un donateur ou testateur, les biens de la femme ne sont dotaux que quant à la jouissance ; on pourrait aller jusqu'à dire que la femme peut céder en paiement la nue propriété de ses propres [2].

Il y a là une question de droit arbitraire, dans l'examen de laquelle il faut renoncer à faire intervenir des raisons de principe, et se contenter d'arguties de texte.

83. Telles sont les trois hypothèses dans lesquelles l'article 1595 admet la vente entre époux.

Lorsque la vente passée entre époux, dans une des hypothèses où elle est possible, contient un avantage indirect au profit de l'un des époux, les héritiers à réserve de l'autre époux sont autorisés à demander la réduction. Si la vente déguise une libéralité, elle est nulle (article 1099). Si elle constitue une libéralité indirecte excessive, il y a lieu à réduction (article 1595, dernier alinéa).

1. Demante et Colmet de Santerre, VII, p. 38, n° 21 *bis* I.
2. Voy. en ce sens Demante et Colmet de Santerre, *loc. cit.* — *Contrà* : Laurent, XXIV, p. 50.

SECTION III. — L'objet.

84. L'objet, dans tout contrat, aux termes de l'article 1108, est ce qui forme « la matière de l'engagement » des parties, ou des engagements si le contrat est synallagmatique [1]. La vente, étant un contrat synallagmatique, a nécessairement deux objets, puisqu'elle crée deux obligations : la chose vendue, objet de l'obligation du vendeur — le prix promis, objet de l'obligation de l'acheteur.

Occupons-nous séparément de ces deux éléments nécessaires à la formation du contrat.

§ 1. — La chose vendue.

85. Le chapitre III du titre *De la vente* (articles 1598 à 1601), sous la rubrique *Des choses qui peuvent être vendues*, indique les conditions requises pour qu'une chose puisse faire l'objet d'une vente. Plus exactement, il prévoit un certain nombre de cas particuliers se rapportant à cet ordre d'idées. Les règles qu'il édicte, ou plutôt que l'on peut induire des applications qu'il en fait dans les cas prévus, sont banales si l'on n'envisage que leur formule générale ; au point de vue pratique et grâce à la variété des cas particuliers, elles font naître plusieurs questions intéressantes, dont nous allons signaler les principales.

Il résulte des articles 1598 et suivants que trois conditions sont nécessaires pour qu'une chose puisse former l'objet d'une vente.

1° Il faut que la chose existe actuellement ou qu'elle soit de nature à exister un jour, selon que les parties l'envisagent comme chose actuelle ou comme chose future.

2° Il faut qu'elle soit dans le commerce. Ce sont les termes de l'article 1598. Les choses dans le commerce constituent seules des *res venales*, des *venalia*, des choses susceptibles de vente.

3° Il faut que la chose soit de nature à pouvoir être transmise à l'acheteur, puisque la vente, dans notre droit, implique le transfert de la propriété.

1. *Les contrats et les obligations*, p. 93 et suiv.

Reprenons ces trois conditions, pour en préciser le sens.

Première condition.

86. Il faut que la chose vendue ou existe actuellement, ou soit de nature à exister un jour. D'ailleurs, ce peut être une chose corporelle ou une chose immatérielle, comme un fonds de commerce, une clientèle [1], un brevet d'invention, un droit quelconque.

Envisageons successivement les deux termes de l'alternative.

I

87. Il faut, avons-nous dit, que la chose vendue ait une existence actuelle si les parties l'envisagent à ce point de vue, De là trois conséquences.

Première conséquence.

Si la chose vendue n'a pas d'existence soit réelle, soit juridique, la vente ne se forme pas, faute d'objet. Le cas se présente rarement ; on peut toutefois le supposer. Un usufruitier vend son droit (article 595) ; le droit avait été établi pour un temps déterminé et il était éteint au moment du contrat. De même, on vend un brevet d'invention qui n'a pas été pris, ou qui a été pris, mais se trouve dépourvu de valeur.

Voici un cas particulier qui a été soumis à la Cour de Paris [2]. Le gérant d'un bureau de tabac vend sa gérance. Il peut le

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 96, texte et note 2. — La validité de certaines cessions de clientèle est vivement controversée. La clientèle attachée à un cabinet d'agent d'affaires ou à un office d'agréé près un tribunal de commerce peut former l'objet d'une cession : Cass. 14 décembre 1847, Sir. 1848.I.98, — Aubry et Rau, IV, p. 317. — Il en est autrement de la clientèle d'un médecin, qui est considérée comme *extra commercium*, parce qu'elle dépend des qualités personnelles du médecin et du degré de confiance qu'il inspire. Toutefois, on tient généralement pour valable la convention par laquelle un médecin, en cédant à l'un de ses confrères le droit au bail de sa maison, s'engage envers lui à l'accréditer auprès de ses clients et à ne plus exercer sa profession dans la même localité : Cass. 13 mai 1861, D. P. 1861.I. 326, Sir. 1861.I.638, — Paris 29 avril 1865, Sir. 1865.II.123, — 25 juin 1884, D. P. 1886.I.176, — Cass. 13 mai 1885, *Le Droit* du 15 mai, — Paris 3 août 1894, D. P. 1896.II.31.

Le tribunal civil de Nancy a consacré la même solution en ce qui concerne la cession d'une clientèle d'architecte : trib. de Nancy 19 février 1895, D. P. 1895.II.433.

2. Paris 6 mars 1845, D.P. 1845.IV.495.

faire. Mais supposons qu'il ne soit plus gérant, ou qu'il soit parvenu à la limite extrême de sa gérance. C'est alors une question de savoir si l'achalandage, la clientèle, constituent une réalité suffisante pour former l'objet d'une vente [1].

Deuxième conséquence.

La vente ne se forme pas si la chose que les parties ont en vue avait péri à leur insu au moment de la convention. L'acheteur qui aurait payé le prix pourrait le répéter [2].

La perte postérieure à la vente n'aurait aucun effet sur le contrat. Les risques étant désormais à la charge de l'acheteur (article 1138) [3], il doit son prix quoiqu'il ne reçoive pas la chose. Mais la perte antérieure empêche le contrat de se former, faute d'objet.

En cas de perte totale, la solution va de soi (article 1601 alinéa 1).

En cas de perte partielle, la vente tombe ou subsiste, selon l'importance de la partie perdue comparativement au tout, et selon que ce qui reste répond encore ou ne répond plus aux prévisions des parties, question à résoudre d'après les circonstances. Cette règle s'applique à la vente d'un objet isolé, et à celle d'un groupe d'objets dont les uns n'auraient pas été acquis sans les autres.

1. L'Etat s'étant réservé le monopole des tabacs, les bureaux établis pour la vente sont sa propriété exclusive et se trouvent placés hors du commerce. Les titulaires des bureaux peuvent cependant se faire remplacer par des gérants ; mais ces remplacements, de pure tolérance, sont subordonnés à l'agrément de l'Administration : Paris 6 mars 1845, D. P. 1845.IV.495, Sir. 1845.II. 225, — 21 novembre 1853, D. P.1855.II.172, — 1er février 1859, D. P. 1871. V. 374, Sir. 1859.II.511.

La gérance d'un débit de tabac ne peut être cédée que sous condition suspensive de l'agrément du cessionnaire par le titulaire et par l'Administration : Paris 26 janvier 1884, *La Loi* du 11 mai. — Si le cédant assure au cessionnaire une jouissance plus longue que celle qui lui a été concédée à lui-même, il s'engage implicitement à lui rapporter l'adhésion du titulaire avant la date fixée pour l'exécution du traité, à défaut de quoi la vente est entachée d'une nullité radicale, comme portant sur la chose d'autrui : Paris 27 février 1885, *La Loi* du 19 mars. — Enfin, si, en sus de la redevance annuelle autorisée par l'Administration, le cessionnaire s'est engagé à verser une somme au cédant comme prix de la clientèle et de l'achalandage, une telle stipulation est nulle comme contraire à l'ordre public, et le paiement, s'il a été effectué, peut être répété : Caen 4 août 1891, *Pandectes françaises périodiques*, 1892.II.281.

2. *Les contrats et les obligations*, p. 720.

3. *Ibid.*, p. 239 et suiv.

L'article 1601 alinéa 2 prévoit le cas : « Si une partie seu« lement de la chose est périe, il est au choix de l'acquéreur « d'abandonner la vente, ou de demander la partie conservée, « en faisant déterminer le prix par la ventilation. » C'est une question d'appréciation, qui sera tranchée souverainement par le juge du fait à défaut d'accord des parties. Le texte laisse le choix à l'acheteur ; mais celui-ci ne peut user de son droit qu'à la condition de n'en pas abuser. La vente pourra être maintenue à la demande du vendeur,nonobstant l'article 1601 alinéa 2, si la partie périe est si minime que la perte soit sans intérêt pour l'acheteur, et s'il apparaît que l'acheteur n'allègue cette perte que comme prétexte, afin de se désister du contrat qu'il désire rompre pour d'autres raisons.

Troisième conséquence.

La vente est non avenue faute d'objet si la chose, à supposer qu'elle ait existé au moment du contrat, n'avait alors qu'une existence conditionnelle, et que la condition ne s'accomplisse pas. De même, si, malgré toutes les apparences d'une existence ferme, un événement ultérieur retire rétroactivement à la chose cette existence, la vente est encore non avenue faute d'objet.

Une des applications les plus notables de cette idée est celle que la jurisprudence en a faite à propos de la vente d'actions d'une société dont la nullité vient à être prononcée ultérieurement. La question s'est présentée avec une importance toute particulière à la suite de l'annulation de grandes sociétés dont les actions avaient eu pendant plusieurs années les faveurs de la spéculation : l'Union Générale, la Banque de Lyon et de la Loire [1].

Dans l'affaire de l'Union [2],la Cour de Paris a jugé que l'annulation de la société avait entraîné la nullité des ventes d'actions, ventes qui se trouvaient nulles faute d'objet, car il ne pouvait y avoir d'actions là où il n'y avait pas de société. La Cour, en décidant ainsi, a sauvé les coulissiers qui avaient négocié les actions avec une sorte de rage pen-

1. La même question se pose à propos de la vente d'un brevet, lorsque celui-ci vient ensuite à être annulé, — et à propos de la vente d'un droit qui, plus tard, est résolu.

2. *Les contrats et les obligations*, p. 97.

dant quelques années et se trouvaient débiteurs de sommes énormes à titre de différences; ils se sont trouvés libérés par la déclaration de nullité des opérations.

Dans l'affaire de la Banque de Lyon et de la Loire, la Cour de Lyon a jugé que l'annulation de la société n'entraîne pas la nullité des opérations faites sur ses titres [1]. La Cour de cassation, saisie de la question, l'a résolue au moyen d'une distinction : nullité des opérations si les titres révèlent par eux-mêmes les causes de nullité de la société, validité dans le cas contraire [2].

La question appartient à la matière des sociétés bien plus qu'à celle de la vente, puisqu'il sagit de savoir quel est l'effet de la nullité de la société sur les actions émises [3]. Toutefois, elle met en jeu l'un des principes de la vente : quand une chose a été envisagée comme chose actuelle, il faut qu'elle existe pour pouvoir être l'objet d'une vente.

II

88. Passons à la seconde alternative. A défaut d'existence actuelle, la chose doit être de nature à exister un jour, quand elle est envisagée par les parties comme chose future : « Les « choses futures, dit l'artice 1130 alinéa 1, peuvent être l'ob- « jet d'une obligation [4]. »

La question de savoir quel est l'objet que les parties ont eu en vue doit être examinée en fait. On peut vendre l'espoir qu'on a de voir la chose exister : c'est la vente *spei* ; on peut vendre la chose elle-même pour le cas où elle prendrait existence : c'est la vente *rei speratæ*. L'effet ultérieur est loin d'être le même dans les deux cas ; au premier cas, la vente se forme quoiqu'il arrive, — au second cas, elle se forme seulement si la prévision se réalise.

L'exemple classique est la vente d'une récolte à venir, d'un coup de filet. L'objet de la vente consiste tantôt dans la

1. Lyon 22 janvier 1884, D. P. 1884.II.153 (note de M. Sarrut), Sir. 1884.II.49 (note de M. Lyon-Caen).
2. Voy. les deux arrêts rendus le 3 juin 1885, D. P. 1886.I.25, Sir.1885.I. 259.
3. Voy. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 2e édition, II, p. 583 et suiv.
4. *Les contrats et les obligations*, p. 96.

chance à courir, tantôt dans le produit à obtenir. Ces distinctions sont toutes de fait [1].

La pratique actuelle fournit une autre application des mêmes idées. Les actions d'une société non encore fondée ou d'une société non encore constituée peuvent-elles être objet de vente [2] ?

Si la société est fondée, mais n'est pas encore constituée [3], les actions ou coupons d'actions des sociétés en commandite ou des sociétés anonymes ne sont pas négociables ; en d'autres termes, ils ne sont pas susceptibles d'être vendus dans les formes commerciales : transfert, tradition ou endossement. Mais elles peuvent être vendues dans la forme civile, et la société remet à cet effet, lors de la souscription, des promesses d'actions ; dans la forme civile, c'est-à-dire par acte authentique ou sous seing privé notifié à la société conformément au droit commun de l'article 1690 [4].

La question est de savoir si l'on peut vendre ou acheter des actions d'une société qui n'est ni constituée, ni même fondée, qui est à l'état de simple projet ? Cette vente est-elle pos-

1. *Les contrats et les obligations*, p. 97.

2. *Ibid.*, p. 96 et 97.

3. En ce qui concerne les conditions à remplir par une société fondée pour devenir une société constituée, voy. Thaller, *Traité élémentaire*, 3e édition, p. 276 et suiv. — Rappelons en passant que l'article 2 de la loi du 24 juillet 1867 a été modifié sur ce point par l'article 1 de la loi du 1er août 1893. Aux termes de la loi de 1867, le versement du quart des actions souscrites était indispensable pour la constitution de la société ; depuis la loi de 1893, il faut le versement du quart pour les actions de cent francs et au-dessus, de la totalité pour les actions de vingt-cinq francs.

4. Voy. sur ce point Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 2e édition, II, n° 728, p. 735, — et Thaller, *Traité élémentaire*, 3e édition, n° 617, p. 330. — Cpr. Cass. 12 août 1851, D. P. 1851.I.235, Sir. 1851.I.56, — Paris 31 juillet 1852, D. P. 1855.V.67, Sir. 1852.II.690, — 1er juillet 1886, Sir. 1888.II.182, — Orléans 24 juillet 1890, D. P. 1891.II.337, Sir. 1891.II.154.

Les règles que nous venons de rappeler ne concernent, d'ailleurs, que les actions dites de numéraire. Aux termes de l'article 3 de la loi du 1er août 1893, les actions représentant des apports ne sont négociables que deux ans après la constitution de la société ; elles sont, à la diligence des administrateurs, frappées d'un timbre indiquant leur caractère d'actions d'apport et la date de la constitution de la société. Elles ne sont « négociables », dit le texte. Le mot « négociable » a le même sens dans l'article 3 de la loi de 1893 que dans l'article 2 de la loi de 1867 ; la cession par les voies civiles, conformément au droit commun de l'article 1690, demeure donc possible. Voy. en ce sens : Bouvier-Bangillon, *Commentaire de la loi du 1er août 1893*, p. 140, — Lyon-Caen, dans l'*Annuaire de législation française* publié par la *Société de législation comparée*, 13e année (1894), p. 218, note 3 ; — cpr. trib. de com. de la Seine 5 novembre 1894, D. P. 1895.II.297, Sir. 1895.II.85, — et Paris 14 janvier 1895, Sir. 1895.II.180.

sible en vue de la fondation de la société et pour le cas où la société se formerait? L'agiotage s'est emparé de l'idée; on négocie des actions d'une société à venir, et l'on s'engage à remettre aux acheteurs les promesses d'actions après souscription. Cette pratique est-elle valable? Oui, d'après l'article 1130. En effet, pareille vente a pour objet une chose future. Ou bien on a vendu l'espoir d'action, auquel cas, si la société ne se fonde pas, le prix n'en sera pas moins dû; ou bien, ce qui est plus vraisemblable, on a vendu la *res sperata*, et, si elle ne se réalise pas, la vente sera nulle faute d'objet. Divers arrêts ont admis la validité de ces ventes par application de l'article 1130 [1].

Deuxième condition.

89. L'article 1598 est ainsi conçu : « Tout ce qui est dans le « commerce peut être vendu, lorsque des lois particulières « n'en ont pas prohibé l'aliénation [2]. »

Ainsi, la chose doit être dans le commerce, locution consacrée pour désigner précisément les choses vénales, c'est-à-dire qui sont susceptibles d'être l'objet d'une vente. L'article 1598 ne fait d'ailleurs qu'appliquer à la vente une règle plus générale inscrite dans l'article 1128 : « Il n'y a que les « choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet « des conventions [3]. »

Nous ne ferons pas la nomenclature des choses mises hors du commerce. Il suffit de donner quelques indications, destinées à servir de cadre aux détails fournis par les répertoires.

La mise hors du commerce, qui fait obstacle à la vente, peut résulter de deux causes : 1° de la loi, — 2° de la volonté de l'homme.

I. *La loi.*

90. La loi soustrait certaines choses au commerce, et en prohibe par là-même la vente, sous l'influence de considérations diverses et très variables.

1. Lyon 18 mai 1854, D.P. 1855.II.13, Sir. 1854.II.426, — Cass. 22 décembre 1885, D. P. 1886.I.261, Sir. 1887.I.163. — Cpr. Paris 2 mars 1883, en note dans D. P. 1886.I.261.

2. La rédaction de ce texte est bizarre. En effet, les choses dont la loi prohibe l'aliénation sont par là même mises hors du commerce.

3. *Les contrats et les obligations*, p. 97.

91. En premier lieu, il y a des droits qui sont incessibles à raison même de leur nature juridique, telle que la loi la conçoit et l'admet.

Tels sont, parmi les droits réels, les droits d'usage et d'habitation, le droit de jouissance légale inhérent à la puissance paternelle [1]; parmi les droits de créance, les droits constitués à titre d'aliments[2], les pensions de retraite, certains traitements accordés à titre de dotation.

Certains droits ne sont cessibles qu'avec le consentement de telles ou telles personnes, comme par exemple les concessions, qui ne peuvent se transmettre qu'avec l'agrément du concédant. Il en était ainsi pour les brevets de libraire avant la loi du 10 septembre 1870, qui a rendu libres les professions de libraire et d'imprimeur.

Enfin, il faut mettre sur la même ligne les fonctions publiques[3].

Toutefois, il convient d'excepter les fonctions qui ont été érigées en offices ministériels. Les offices avaient été supprimés au commencement de la Révolution ; la loi du 28 avril 1816 en a rétabli un certain nombre (article 91) [4]. Le législateur de 1816 n'a pas précisément rétabli la vénalité des charges. La loi autorise le titulaire d'un office non pas à le vendre, mais seulement à présenter un successeur à l'agrément du chef de l'Etat, qui dispose des nominations ; et elle tolère qu'un prix soit stipulé comme condition de cette présentation. Sous cette forme détournée, il y a une véritable vente; même en droit, la réalité l'a emporté sur la fiction : la loi de finances du 25 juin 1841 a soumis les présentations au droit des transmissions mobilières à titre onéreux.

Mais c'est là une exception. En règle générale, il reste vrai de dire que les fonctions publiques ne sont pas choses vénales, ne sont pas dans le commerce.

Cette règle se justifie d'elle-même. Une fonction publique est une délégation essentiellement personnelle ; celui qui l'occupe en est le dépositaire, non le propriétaire, et ne sau-

1. Voy. Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 109. — Cpr. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 393.

2. *L'état et la capacité des personnes*, tome I, p. 501 et suiv.

3. *Les contrats et les obligations*, p. 99.

4. On peut citer comme exemples : les avocats à la Cour de cassation, notaires, avoués, greffiers, huissiers, agents de change, etc. Les offices des courtiers en marchandises ont été supprimés par la loi du 18 juillet 1866.

rait, dès lors, en disposer ni gratuitement ni à prix d'argent.

Cela est si évident que l'hypothèse d'une vente directe n'est pas pratique, tant elle est invraisemblable. Mais les tribunaux ont eu fréquemment à réprimer des abus de trafic indirect [1]. Ils ont déclaré nul tout traité par lequel un fonctionnaire aurait stipulé de son successeur éventuel une rémunération comme prix de sa démission, tout traité stipulant une rémunération comme prix de l'influence que le fonctionnaire promettrait d'employer en faveur d'un successeur éventuel. On ne peut pas plus trafiquer des fonctions publiques qu'on ne peut les vendre directement. De tels traités sont nuls; l'exécution n'en pourrait être poursuivie en justice, les sommes remises volontairement pourraient être répétées comme payées sans cause. Il y a, paraît-il, certaines fonctions à propos desquelles ces pratiques irrégulières ont persisté longtemps, comme un vestige de l'ancienne vénalité des charges. Au commencement de février 1848, ces pratiques ont été, à la Chambre des députés, l'objet de débats retentissants, qui ont abouti non au vote d'une loi jugée inutile, mais à la double condamnation des particuliers qui y auraient recours, et du pouvoir qui se prêterait sciemment à leur donner effet [2].

92. En second lieu, la loi prohibe la vente de certains biens, quoiqu'ils soient cessibles de leur nature, par suite de considérations d'ordre public.

93. Quelquefois, la loi agit de la sorte au nom de ce qu'elle considère comme une exigence de moralité [3].

Ainsi, l'article 1600 interdit la vente d'une succession non ouverte, même du consentement de la personne dont la succession est en jeu. C'est l'application à la vente d'une règle plus générale, inscrite dans l'article 1130, et qui prohibe tout pacte quelconque sur succession future. Nous avons vu sous l'article 1130 les motifs de cette prohibition tradition-

1. Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 100, — Montpellier 17 décembre 1849. D. P. 1850. V. 329, Sir. 1850.II.216, — Lyon 21 juillet 1856, D. P. 1856.II.253, Sir. 1857.II.108, — Paris 30 janvier 1857, D. P. 1859.V.194. Sir. 1857.II.108.

2. Voy. Dalloz, *Répertoire*, v° *Fonctionnaires*, n° 112. — Cpr. la loi du 9 juin 1853, mentionnée dans *Les contrats et les obligations*, p. 99, note 1.

3. Rappelons en passant ce que nous avons dit relativement à la vente de la chance de gain attachée à des valeurs à lots: *Les contrats et les obligations*, p. 107.

nelle et il est inutile d'y revenir[1]. Il est admis que l'article 1600 interdit non seulement la vente de la succession envisagée dans son ensemble, mais celle de tous objets particuliers en faisant partie[2].

94. D'autres fois, la loi s'inspire des exigences de la sécurité publique. Ainsi elle prohibe la vente des remèdes secrets (loi du 21 germinal an XI)[3]. Elle a interdit longtemps la vente des armes de guerre et des équipements militaires; la loi du 14 août 1885 a levé la prohibition.

Il faut rattacher au même ordre d'idées les dispositions qui proscrivent la vente des animaux atteints ou soupçonnés d'être atteints de maladies contagieuses. La loi du 21 juillet 1881 énumère, dans son article 1, les maladies réputées contagieuses pour les principales espèces d'animaux domestiques; puis l'article 13 s'exprime en ces termes: « La vente « ou la mise en vente des animaux atteints ou soupçonnés « d'être atteints de maladies contagieuses est interdite. Le « propriétaire ne peut s'en dessaisir que dans les conditions « déterminées par le règlement d'administration publique « prévu à l'article 5. — Ce règlement fixera, pour chaque es« pèce d'animaux et de maladie, le temps pendant lequel « l'interdiction de vente s'appliquera aux animaux qui ont « été exposés à la contagion. »

Trois décrets des 22 juin 1882, 23 décembre 1882 et 28 juillet 1888 ont complété la loi de 1881 en indiquant les conditions dans lesquelles elle est applicable, et en modifiant la nomenclature de l'article 1. Cette nomenclature a été, en outre, légèrement modifiée par les lois des 31 juillet 1895 et 23 février 1905.

Bien que la loi de 1881 se soit bornée à interdire la vente des animaux atteints de maladies contagieuses ou soupçonnés de l'être, sans indiquer quelle est la sanction de l'interdiction, la jurisprudence n'a jamais hésité à reconnaître que la sanction consiste dans la nullité de la vente, et que les animaux visés sont placés hors du commerce[4]. Cette opi-

1. *Les contrats et les obligations*, p. 108.
2. Voy. Aubry et Rau, IV, § 344, — Demolombe, *Contrats*, I, n° 325, — Laurent, XVI, n° 85; — Cass. 11 novembre 1845, D. P. 1846.I.23, Sir. 1845.I.785.
3. *Les contrats et les obligations*, p. 107.
4. En ce sens: Cass. 20 juillet 1892, D. P. 1893.I.20, — trib. de Nérac 13 août 1892, D. P. 1893.II.73, — Cass. 23 janvier 1894, D. P. 1894.II.119 — Nancy 22 mai 1894, D. P. 1895.II.187.

nion a été confirmée par les lois du 31 juillet 1895 et du 23 février 1905, qui ont ajouté à l'article 13 de la loi de 1881 un paragraphe ainsi conçu : « Si la vente a eu lieu, elle est « nulle de droit, que le vendeur ait connu ou ignoré l'existence « de la maladie dont son animal était atteint ou suspect. »

Nous retrouverons ces dispositions à propos de la garantie des vices rédhibitoires [1].

95. D'autres fois, la loi met certaines choses hors du commerce dans l'intérêt de la fortune publique. Ainsi elle prohibe la vente du gibier quand la chasse n'est pas ouverte, afin d'éviter la destruction du gibier (loi du 3 mai 1844, articles 4 et 12-4°).

Pendant longtemps, la vente des blés en vert a été prohibée par une vieille loi du 6 messidor an III, qui n'a été abrogée que par la loi du 9 juillet 1889 (article 14) [2]. Elle était sujette à bien des critiques. Les uns l'expliquaient par l'intérêt des cultivateurs ; elle leur évite, disait-on, la tentation, quand ils sont pressés par le besoin d'argent, de vendre leurs récoltes avant maturité, dès lors à vil prix, et de manger ainsi leur fortune en herbe. Les autres l'expliquaient par la crainte, très répandue à l'époque révolutionnaire, que des gens mal intentionnés ne cherchassent à affamer le pays en détruisant les espérances de moissons.

96. Quelquefois la loi met certaines choses hors du commerce dans un simple intérêt d'ordre administratif. Ainsi, elle déclare inaliénables les biens faisant partie du domaine public (articles 537 et 538).

97. Enfin, la mise hors du commerce peut résulter légalement de la création de monopoles. Eriger en monopole la négociation de certaines choses équivaut à placer ces choses hors du commerce au regard de toutes personnes autres que celles auxquelles le monopole est conféré.

Ainsi, aux termes de l'article 76 du Code de commerce et de quelques lois spéciales, les agents de change ont seuls le droit de négocier les effets publics et autres susceptibles d'être cotés [3]. Les propriétaires des titres conservent comme tels le

1. *Infrà*, nos 244 et suiv.
2. Cpr. *Les contrats et les obligations*, p. 99. — [A la place qui vient d'être indiquée, j'ai mentionné la loi du 6 messidor an III comme toujours en vigueur. C'est une méprise, que je m'empresse de rectifier ici. R. B.]
3. *Les contrats et les obligations*, p. 98.

droit de les aliéner directement[1]; les agents de change peuvent seuls intervenir au cas de vente par intermédiaires.

Une jurisprudence constante déclare nulles les négociations effectuées autrement que par agents de change. Les banquiers ou coulissiers peuvent intervenir, à titre de mandataires, entre les parties et les agents de change, non entre les vendeurs et les acheteurs; la jurisprudenee leur refuse toute action contre leurs clients, à moins qu'ils ne fournissent la preuve que l'ordre de vente ou d'achat a été exécuté par ministère d'agent de change[2].

Que faut-il entendre par « effets publics et autres susceptibles d'être cotés » ? Quelle est, en cas de négociation irrégulière, la situation respective des clients et des intermédiaires ? Ces questions se rattachent à l'organisation du monopole des agents de change et au commentaire de l'article 76 du Code de commerce, auquel nous renvoyons[3], ne retenant ici que le principe, qui importe seul au point de vue de l'article 1598 du Code civil[4].

1. Cass. 26 mai 1886, D. P. 1887.I.383, Sir. 1886.I.349, — 11 décembre 1888, D. P. 1889.I.329, — 20 mai 1889, D. P. 1890.I.250, — 21 mars 1893, D. P. 1894.I.9 (note de M. Lacour), Sir. 1894.I.241 (note de M. Lyon-Caen).

2. Cass. 13 mars 1889, D. P. 1890.I.472, — Paris 20 février 1892, D. P. 1893. II.478, — Cass. 21 mars 1893, D. P. 1894.I.9, — 15 janvier 1894, D. P. 1894.I.119, — Orléans 13 juillet 1894, D. P. 1894.II.525, — Paris 5 mai 1894, D. P. 1895.II.441 (note de M. Boistel),— Cass. 9 décembre 1895, D.P. 1897.I.177 (note de M. Pic), — Grenoble 1er juin 1897, D. P. 1898.II.265, — Cass. 8 février 1897, D. P. 1897.I.104, — trib. de la Seine 23 avril 1898, *Journal des valeurs mobilières*, 1898, p. 426.

Indépendamment de la nullité des opérations, il existe une sanction pénale qui assure aux agents de change le respect de leur monopole. La Cour de cassation, par arrêt du 19 janvier 1860 (D.P. 1860.I.40, Sir. 1860.I.481), a décidé que la loi du 28 ventôse an XI (article 8) et l'arrêté du 27 prairial an X (article 4), qui ont édicté des peines pour garantir ce monopole, sont toujours en vigueur.

3. Voy. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 2e édition, IV, p. 605 et suiv., — et Thaller, *Traité élémentaire*, 3e édition, p. 437 et suiv.

4. Suivant certains interprètes (Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*), le monopole des agents de change s'étend à tous les effets qui, par leur nature intrinsèque, sont aptes à être portés à la cote de la Bourse. D'après d'autres (Labbé, note dans Sir. 1881. I. 289), un effet est susceptible d'être coté lorsque l'importance et la multiplicité des échanges auxquels il donne lieu auraient autorisé son admission à la cote officielle. Enfin, dans un arrêt du 1er juillet 1885 (Sir. 1885.I.257), la Cour de cassation a décidé que les mots *et autres susceptibles d'être cotés* doivent s'entendre des effets dont le cours est habituellement relevé, conformément à l'article 72 C. com. Quelques mois plus tard, la Cour a fait un pas de plus, et, identifiant deux catégories de valeurs que l'article 76 prend soin de distinguer, elle a décidé que le monopole des agents de change se réduit aux seuls effets *admis à la cote* : Cass. 9 mars 1886, D. P. 1886.I.266, Sir. 1886.I.208. Les Cour d'appel se prononcent

Au surplus, tout établissement de monopole n'a pas de telles conséquences. Il est des monopoles qui ne sont garantis que par des pénalités contre ceux qui y portent atteinte, ou par des dommages-intérêts en cas de préjudice prouvé, sans que les actes irrégulièrement passés soient nuls.

Ainsi les notaires, les courtiers de commerce, les commissaires-priseurs ont le monopole de certaines négociations. Les négociations irrégulièrement faites par d'autres qu'eux restent néanmoins valables [1].

Ainsi encore, le débit de certaines marchandises — tabac, cartes à jouer, poudre — n'est permis qu'à certaines personnes et sous certaines conditions. Nous ne pouvons donner, à cet égard, que des indications sommaires, et renvoyer aux traités spéciaux pour les distinctions précises à faire [2].

98. Voilà dans quels cas la mise hors du commerce peut résulter de la loi. La vente est nulle, faute d'un objet vénal, quand elle porte sur une chose légalement mise hors du commerce; la nullité est d'ordre public et peut, en conséquence, être invoquée par tout intéressé.

II. *La volonté de l'homme.*

99. La mise hors du commerce peut résulter,en outre,de la volonté de l'homme.

Les cas où il en est ainsi sont exceptionnels. En effet, l'organisation de la propriété étant d'ordre public, la volonté de l'homme ne peut la modifier (article 6) [3]; or la propriété implique, en principe, le droit de disposer, par conséquent de vendre.

maintenant en ce sens : Lyon 18 juin 1886, *Revue des Sociétés*, 1887, p. 215, — Rouen 18 janvier 1893, *Le droit financier*, 1893, p. 275, — Paris 6 mars 1896, D. P. 1897.II.117

1. La loi du 22 pluviôse an VII frappe d'une amende de cinquante à mille francs pour chaque vente quiconque aura procédé ou fait procéder à une adjudication publique de meubles sans employer le ministère des officiers publics auxquels la loi confère le monopole de ces ventes. D'après Dalloz (*Supplément au Répertoire*, v° *Ventes publiques de meubles*, n° 50), cette immixtion entraine en outre la nullité de l'opération.

2. Cpr. *suprà*, p. 54, note 1.

3. Voy. *Introduction, explication du titre préliminaire du Code civil*, p. 126, — *Les contrats et les obligations*, p. 106, — et la partie du *Cours* qui sera publiée sous ce titre : *La classification des droits, la propriété et ses démembrements*.

Cependant, la mise hors du commerce par la volonté de l'homme est parfois possible. Ainsi, deviennent inaliénables : 1° les biens donnés ou légués par un disposant qui les a déclarés inaliénables ou insaisissables, dans la mesure où la loi admet la validité d'une telle clause[1], — 2° les biens grevés de substitution (article 1048), — 3° les immeubles dotaux sous le régime dotal (article 1554). Dans ce dernier cas, cependant, il est douteux que le bien doive être considéré comme hors du commerce ; la nullité de l'aliénation de l'immeuble dotal résulte de l'incapacité dont est frappée la femme dotale, ainsi que nous le verrons en étudiant l'article 1554[2].

Lorsque la mise hors du commerce provient de la volonté de l'homme, la nullité n'est plus d'ordre public. Elle devient relative et ne peut être invoquée que par les personnes dans l'intérêt desquelles la mise hors du commerce a été établie.

Troisième condition.

100. Pour qu'une chose puisse être valablement l'objet d'une vente, il ne suffit pas qu'elle existe ou soit de nature à exister et qu'elle soit dans le commerce. Il faut, en outre, que la propriété de cette chose puisse être transférée à l'acheteur soit par l'effet même de la vente, soit plus tard, selon qu'il s'agit — suivant une distinction précédemment faite[3] — d'une vente réalisant par elle-même le transfert de la propriété, ou impliquant seulement l'obligation de réaliser le transfert.

De là deux conséquences.

101. La première s'impose dans tous les cas. La vente est nulle si l'acheteur était déjà propriétaire de la chose. Le but qui est essentiel à la vente ne peut être atteint, car elle ne peut lui conférer un droit qu'il a déjà. Dès lors, la vente est nulle. L'obligation du vendeur n'a plus d'objet ; celle de l'acheteur n'a plus de cause, puisque, dans les contrats synallagmatiques, l'objet de chaque obligation est la cause de l'autre. Si l'acheteur avait payé le prix de la vente, il pourrait

1. Voy. sur ce point Bartin, *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*, p. 164 et suiv.
2. Voy. *suprà*, p. 31.
3. *Ibid.*, p. 15 et suiv.

agir en répétition, car il aurait payé sans cause, n'étant pas acheteur.

L'hypothèse n'est guère pratique. Elle ne se comprend que si l'acheteur, au moment de la vente, se trouve être propriétaire en vertu d'une cause inconnue des parties. Par exemple, un héritier vend un immeuble de la succession ; puis on découvre un testament contenant legs de ce même immeuble au profit de la personne qui l'a acheté. La vente est nulle.

102. La seconde conséquence, à la différence de la précédente, n'est pas toujours vraie ; elle ne l'est qu'habituellement. La vente de la chose d'autrui, en d'autres termes la vente faite *a non domino*, est nulle. C'est ce que dit l'article 1599, article célèbre, dont il importe de fixer avec précision le sens et la portée.

Rien n'est plus simple que la formule employée par le texte, si l'on s'arrête au sens général des mots. Dans le droit moderne — contraire en cela, nous l'avons vu[1], au droit romain et à l'ancien droit français — la transmission de la propriété est de l'essence de la vente ; or cette transmission n'est pas réalisable quand le vendeur n'est pas propriétaire, car il ne peut transférer ce qu'il n'a pas ; donc la vente de la chose d'autrui est nulle.

Mais les difficultés apparaissent dès qu'on veut serrer l'idée de plus près. Aucun texte peut-être ne donne lieu à autant de controverses.

Deux questions se posent. 1° Dans quels cas l'article 1599 est-il applicable ? — 2° En quel sens l'article 1599 dit-il que la vente de la chose d'autrui est nulle ?

I. *Dans quels cas l'article 1599 est-il applicable ?*

103. Puisque la règle posée par l'article 1599 n'est que le corollaire d'un principe général, la portée de la règle doit être déterminée d'après la portée même des idées d'où elle découle.

La vente, en droit romain et dans l'ancien droit français, n'impliquait pas nécessairement le transfert de la propriété[2] ; et elle n'opérait jamais ce transfert par elle-même[3]. On

1. *Suprà*, p. 11 et suiv.
2. *Ibid.*
3. *Ibid.*, p. 14 et suiv.

concluait de là que la vente de la chose d'autrui était valable[1]. Il se pouvait que le vendeur, en vendant une chose ne lui appartenant pas, s'engageât envers l'acheteur à lui en procurer la *vacua possessio*.

La vente moderne implique nécessairement le transfert de la propriété ; et elle le réalise, de droit commun, par elle-même. Faut-il en conclure que la vente de la chose d'autrui est nulle ?

Cela dépend. S'il n'est pas possible que le vendeur transfère à l'acheteur une chose ne lui appartenant pas, il est toujours possible que le vendeur s'engage à prendre les mesures nécessaires pour arriver au transfert promis. Par conséquent, si la vente de la chose d'autrui est nulle en tant que vente transférant la propriété, elle reste valable en tant que vente impliquant un transfert ultérieur et obligeant le vendeur à l'effectuer.

L'article 1599 pèche donc par excès de généralité. Il se rattache à la transformation qui s'est opérée dans les caractères essentiels de la vente ; mais il reflète une partie seulement de l'idée moderne. De là le trouble qu'il apporte dans le système de la vente.

104. Cette observation fournit l'élément de solution de toutes les difficultés pratiques que l'article 1599 soulève.

Il est généralement admis que l'article 1599 s'applique seulement aux ventes ayant pour objet un corps certain et laisse en dehors de ses prévisions les ventes de choses déterminées seulement *in genere*. En d'autres termes, il n'est applicable qu'aux ventes translatives de propriété, non à celles qui sont simplement productives d'obligations. Les premières entraînent par elles-mêmes et directement aliénation ; or on n'aliène pas la chose d'autrui ; donc on ne peut pas la vendre. Les autres ne réalisent pas l'aliénation, elles imposent seulement l'obligation de la réaliser ; or on peut s'obliger, relativement à la chose d'autrui, à en transférer la propriété après se l'être procurée ; donc on peut vendre la chose d'autrui.

Il arrive journellement que des ventes commerciales interviennent à propos de choses que le vendeur n'a pas, qu'il se réserve d'acquérir, et qu'il sait pouvoir acquérir, car elles

1. *Suprà*, p. 13.

sont dans le commerce. Il en est ainsi, notamment, dans ce qu'on appelle les marchés à livrer, lesquels sont des ventes avec terme au profit du vendeur[1]. Celui-ci vend au cours du jour; il espère, avant l'échéance, pouvoir acheter ce qu'il a promis de livrer à un cours moins élevé. Tout vendeur à terme de choses *in genere* est un spéculateur à la baisse; il vend ce qu'il n'a pas, ce qu'il se réserve d'acquérir.

En résumé, l'article 1599 ne doit pas être pris au pied de la lettre.

105. Cependant il est conçu en termes généraux et ne fait aucune distinction. D'où l'on est tenté de conclure qu'il s'applique à toutes les ventes, non seulement à celles par lesquelles le vendeur transfère la propriété, mais à celles par lesquelles il s'engage à la transférer.

Il est au moins certain qu'il ne s'applique pas à toutes de la même manière.

S'agit-il de ventes réalisant par elles-mêmes le transfert de la propriété, autrement dit de ventes ayant pour objet un corps certain (articles 1138 et 1583), la vente n'est valable que si le vendeur est propriétaire au moment même de la vente. Dans ce cas, l'application de l'article 1599 est directe, textuelle en quelque sorte; la vente faite *a non domino* est nulle. Ainsi la vente consentie par un simple détenteur qui se donne comme vrai propriétaire, ou par un possesseur qui est *in causa usucapiendi* est nulle. De même, la vente consentie par un copropriétaire, quand elle porte sur la totalité de la chose, est nulle en ce qui concerne la part qui ne lui appartient pas[2], ou nulle pour le tout s'il y a eu erreur sur la substance, l'acheteur ayant ignoré que la chose était dans l'indivision[3]. Enfin, la vente passée par l'héritier apparent est également nulle, sous réserve cependant des particularités qui concernent ce cas[4].

1. Voy. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 2e édition, III, p. 119 et suiv., — Thaller, *Traité élémentaire*, 3e édition, p. 523, n° 1049.

2. Cass. 23 avril 1879, D. P. 1879.I.212, Sir. 1881.I.355, — 18 novembre 1879, D. P. 1880.I.55, Sir. 1881.I.355, — 28 février 1894, D. P. 1894.I.235.

3. *Les contrats et les obligations*, p. 57 et suiv.

4. Cette question est discutée. La doctrine incline dans le sens de la nullité : Toullier, IV, n° 286 et suiv., — IX, p. 541 et suiv., — Duranton, I, nos 565 et 578 *bis*, — Marcadé, article 137, n° 4, — Laurent, IX, n° 562. — La jurisprudence se prononce généralement en sens contraire : Cass. 4 août 1875, D. P. 1876.I.123, Sir. 1876.I.8, — Orléans 12 août 1876, D. P. 1877.I.429, Sir.

S'agit-il de ventes ne réalisant pas par elles-mêmes le transfert de la propriété et imposant seulement au vendeur l'obligation de le réaliser, autrement dit de ventes ayant pour objet une chose déterminée uniquement quant à son espèce, il suffit, pour que la vente soit valable, que le vendeur soit propriétaire au moment du paiement. C'est ce que porte l'article 1238[1].

La règle formulée par cet article était toujours exacte dans l'ancien droit, où la vente ne transférait jamais la propriété et entraînait seulement obligation de la transférer. Elle n'est plus exacte de nos jours dans les ventes de corps certains, où le vendeur, cessant d'être propriétaire par l'effet même de la vente (articles 1138 et 1583), ne peut plus l'être au moment du paiement. Elle reste exacte dans les ventes de quantité, où le vendeur ne cesse d'être propriétaire que par la livraison et doit, dès lors, avoir la qualité de propriétaire au moment de cette livraison.

106. Donc, l'article 1599 ne s'applique pas aux ventes de choses *in genere*.

On a même avancé qu'il peut ne pas s'appliquer dans les ventes ayant pour objet un corps certain, si les parties ont envisagé la chose en tant seulement que le vendeur pourrait se la procurer, autrement dit si elles ont entendu ne faire qu'une vente productive d'obligations, une vente romaine[2]. Prenons un exemple : je vous vends tel immeuble, qui ne m'appartient pas, mais que je me fais fort d'acquérir. A vrai dire, il n'y a pas là une vente, au sens juridique du mot, mais plutôt une convention innommée, par laquelle une personne s'engage à se procurer l'immeuble dont il s'agit, afin de le vendre. Il n'y aura vente que si le promettant se procure effectivement l'immeuble et à partir du jour où il se le sera procuré ; jusque-là, il n'y a qu'une obligation de faire, qui devra se résoudre en dommages-intérêts au cas d'inexécution. Ceux qui regardent cette convention comme une vente disent que c'est une vente conclue sous la condition suspensive de l'acquisition par le vendeur[3] ; mais cette manière de

1878.I.38. — Cass. 3 juillet 1877, D. P. 1877.I.429, Sir. 1878.I.38. — 13 mai 1879 D. P. 1879.I.417, Sir. 1880.I.26.

1. *Les contrats et les obligations*, p. 477.

2. *Suprà*, p. 17 et 18.

3. Voy. Aubry et Rau, IV, § 315, texte et note 54, — Laurent, XXIV, p. 114. — Cpr. Paris 25 août 1845, D. P. 1845.II.133, Sir. 1846.II.161, — Cass. 8 janvier 1866, D. P. 1866.I.161, Sir. 1866.I.99.

voir est inexacte en droit, et la preuve en est que la prétendue condition ne saurait être considérée comme rétroagissant dans ce cas.

107. En dernière analyse, qu'il s'agisse d'une vente de corps certain ou d'une vente de chose *in genere*, la vente de la chose d'autrui est nulle. La règle s'applique dans les deux cas ; seulement l'application en est différente.

II. *En quel sens l'article 1599 dit-il que la vente de la chose d'autrui est nulle ?*

108. La réponse à cette question reste incertaine. L'article 1599 est sorti d'un changement dans la manière de comprendre le rôle juridique et économique de la vente. Malgré la généralité de ses termes, cet article ne s'applique qu'avec de nombreuses distinctions ; de là des équivoques, qui ont empêché la doctrine de se fixer.

Cependant il existe, en cette matière, trois points que l'on peut considérer comme hors de conteste. Commençons par les indiquer ; nous circonscrirons ainsi le domaine de ce qui est douteux.

PREMIER POINT

109. L'article 1599 concerne seulement les rapports du vendeur et de l'acheteur ; il ne concerne pas le vrai propriétaire. Si la vente de la chose d'autrui est déclarée nulle, c'est uniquement en ce sens qu'elle ne peut pas transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue.

Cette proposition est certaine. Si l'article 1599 ne signifiait pas autre chose, il ne ferait qu'énoncer une vérité trop évidente pour mériter d'être formulée, — et parfaitement inutile, d'ailleurs, à formuler séparément, car elle résulte assez du principe de droit commun posé par l'article 1165. Cet article est celui qui proclame la personnalité des effets des conventions. « Les conventions, dit-il, n'ont d'effet qu'en« tre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au « tiers... »[1]. Elles ne sont pas opposables aux tiers en tant qu'elles porteraient atteinte à des droits acquis ; par conséquent, la vente n'a d'effet qu'entre le vendeur et l'acheteur ; le vrai propriétaire, étranger au contrat, reste pro-

1. *Les contrats et les obligations*, p. 568 et suiv.

priétaire malgré la vente, avec la faculté de revendiquer la chose aux mains de l'acheteur.

Est-ce en vertu de l'article 1599 ? En aucune manière. C'est une simple application de l'article 1165. Cela est si vrai qu'il ne viendra pas à l'idée du vrai propriétaire de demander la nullité de cette vente, à laquelle il n'a pas été partie et qui ne lui est pas opposable ; il agira directement par voie de revendication. En droit romain et dans l'ancien droit, où la vente de la chose d'autrui était valable, le vrai propriétaire n'en pouvait pas moins exercer l'action en revendication, malgré la vente [1]. Donc la réserve du droit du propriétaire ne tient pas du tout à l'article 1599.

Ce texte ne concerne que les parties, vendeur et acheteur. C'est uniquement à leur égard que la vente est déclarée nulle.

DEUXIÈME POINT

110. Si la vente consentie *a non domino* est nulle, elle n'est pas, cependant, dénuée de tout effet en tant que convention. La vente de la chose d'autrui, bien que l'article 1599 la déclare nulle, produit deux effets.

111. *Premier effet.* — Elle vaut juste titre au profit de l'acheteur, soit pour l'acquisition des fruits de la chose, soit pour l'acquisition de la chose elle-même au moyen de la prescription.

D'abord pour l'acquisition des fruits de la chose. Aux termes des articles 549 et 550, le possesseur évincé par le vrai propriétaire n'est pas tenu de rendre les fruits qu'il a perçus quand il possède « en vertu d'un titre translatif de pro- « priété », autrement dit en vertu d'un juste titre. La vente a certainement ce caractère.

Puis pour l'acquisition de la chose par la prescription acquisitive. Le possesseur d'un immeuble en prescrit la propriété par dix à vingt ans s'il a juste titre et bonne foi (article 2265), par trente ans à défaut d'une de ces conditions (article 2262). Si l'on admet que l'article 2279 établit une prescription instantanée, exigeant un juste titre de la part du possesseur [2], la vente de la chose d'autrui pourra être regardée comme constituant ce juste titre.

1. Fragm. 28, Dig., *De contrahenda emptione*, XVIII, 1.

2. Certains auteurs (Marcadé, article 2279, nos 1 et suiv., — Demolombe, *De la propriété*, I, no 622) interprètent la règle de l'article 2279 en disant

Voilà un premier effet incontestable de la vente de la chose d'autrui.

112. *Second effet.* — Il est plus direct encore et se rattache plus étroitement au contrat.

Une vente valable produit trois effets : 1° elle met la chose aux risques de l'acheteur (article 1138), — 2° elle transfère la propriété (articles 1138 et 1583), — 3° elle crée diverses obligations réciproques, à la charge soit du vendeur (obligations de livrer et de garantir), soit de l'acheteur (obligations de prendre livraison et de payer le prix).

La vente de la chose d'autrui ne produit pas tous ces effets. Mais elle en produit quelques-uns. Notamment, elle crée, à la charge du vendeur, l'obligation de garantir, qui est un effet caractéristique de la vente (articles 1603 et 1606). L'hypothèse de la vente de la chose d'autrui est même celle où l'obligation de garantie naît le plus manifestement. Il y a lieu à garantie quand l'acheteur est évincé ; cela suppose précisément, au moins en général, une vente *a non domino*, à la suite de laquelle l'acheteur est évincé par l'action en revendication du vrai propriétaire. Ce n'est pas à dire qu'il ne puisse y avoir lieu à la garantie dans d'autres cas ; l'acheteur peut être évincé, même s'il a acquis *du verus dominus*, par un créancier hypothécaire du vendeur agissant en vertu du droit de suite. Il n'en est pas moins certain que l'obligation de garantie, qui est un des effets de la vente, prend naissance au cas de vente de la chose d'autrui.

113. Dès lors, l'article 1599, en déclarant nulle la vente de la chose d'autrui, n'entend pas dire que cette vente soit absolument dénuée d'effets.

Mais n'y a-t-il pas contradictions à s'exprimer ainsi ? La vente de la chose d'autrui entraîne certains des effets de

qu'il se produit, au profit du possesseur de meubles, une prescription acquisitive instantanée ; ils exigent, en général, que le possesseur ait un juste titre, et font de cette condition un élément distinct de la bonne foi. Pour d'autres (Demante et Colmet de Santerre, VIII, p. 566 et suiv.), les deux éléments se confondent, en ce sens que le juste titre n'est exigé que comme condition justificative de la bonne foi ; un possesseur de bonne foi qui ne pourrait invoquer un juste titre n'en serait pas moins recevable à se pré valoir de l'article 2279.

Au surplus l'opinion qui rattache l'article 2279 à l'idée d'une prescription instantanée est vivement combattue dans la doctrine : Aubry et Rau, 5e édition, II, § 183, note 3, — Laurent, XXXII, n° 541, — de Folleville, *Possession des meubles*, n°s 20 et suiv., — Planiol, *Traité élémentaire*, 1re édition, I, n° 1200 et suiv.

la vente; on ne peut donc pas dire qu'elle soit nulle. Constater que la vente de la chose d'autrui produit certains effets et la déclarer nulle, n'est-ce pas contradictoire ?

La contradiction est plus apparente que réelle. Dans les choses du droit, il faut prendre garde d'abuser de la logique. Les effets attachés à la vente de la chose d'autrui ne découlent pas, à vrai dire, de la vente, qui est nulle comme portant sur la chose d'autrui ; ils dérivent du fait même d'où résulte précisément la nullité de la vente. Si le résultat que les parties attendaient du contrat n'est pas atteint, s'il est irréalisable, ce n'est pas une raison pour que le vendeur, qui a pris l'engagement d'effectuer le transfert de propriété, ne soit pas responsable de l'obligation qu'il avait contractée et qu'il n'a pas tenue. Or telle est précisément la source des effets que produit la vente de la chose d'autrui.

Le vendeur est garant. Pourquoi ? Ayant compromis par son fait la situation de l'acheteur, il doit l'indemniser du préjudice souffert. L'action en garantie n'est pas autre chose qu'une action en dommages-intérêts exercée sous une forme particulière ; elle est un effet indirect et éventuel de la vente, lequel se produit quand la vente ne réalise pas les effets normaux qui sont prévus et attendus.

La vente constitue un juste titre au point de vue de la prescription. Pourquoi ? La situation de celui qui a acquis *a non domino* est particulièrement intéressante et mérite qu'on en tienne compte dans l'organisation de la prescription.

Ce sont là moins des effets de la vente que des conséquences du fait même qui la rend nulle.

TROISIÈME POINT

114. La vente de la chose d'autrui est nulle, aux termes de l'article 1599, en ce sens qu'elle peut être attaquée dès qu'il apparaît que le vendeur n'était pas, lors du contrat, propriétaire de la chose vendue. C'est là, nous l'avons dit, l'effet direct de l'innovation apportée par le Code civil au droit antérieur [1]. Aussi la solution ne fait-elle aucun doute.

Dans le système romain, conservé jusqu'au Code civil, l'acheteur n'avait qu'un droit : celui d'être mis et maintenu en possession. Le vendeur, dès lors, n'était tenu envers lui que

1. *Suprà*, p. 14.

d'une seule obligation : lui procurer la *vacua possessio* [1]. Tant qu'aucun trouble n'était apporté à la possession de l'acheteur, celui-ci ne pouvait pas se plaindre ; la vente produisait les effets qu'elle comportait juridiquement.

Ce système a été abandonné pour des raisons que nous avons indiquées [2]. On a estimé qu'il n'était pas conforme à l'intention des parties. Puis on a considéré qu'il créait une condition fâcheuse à l'acheteur, qui se trouvait obligé d'attendre l'éviction réalisée pour pouvoir agir contre le vendeur, et réduit par conséquent à une situation précaire, subordonnée au bon plaisir du vrai propriétaire. Etait-il actionné en revendication, il avait un recours en garantie contre le vendeur ; ne l'était-il point, par suite d'arrangements intervenus ou projetés entre le vendeur et le propriétaire, il devait attendre les événements et rester dans l'incertitude, exposé à l'inconnu. Dans cette situation instable, l'acheteur ne pouvait ni utiliser son droit ni améliorer la chose. Au point de vue économique, ce résultat a paru inadmissible.

Telle est encore, à l'heure actuelle, la situation qui est faite à l'acheteur d'un immeuble hypothéqué. Il peut purger et mettre ainsi les créanciers en demeure d'exercer leur droit de suite ; à défaut de purge, il est dépourvu de toute action contre le vendeur tant qu'il n'est pas poursuivi par l'action hypothécaire. Cela tient à ce que le but de la vente peut être atteint malgré l'hypothèque ; il sera atteint si le débiteur paie la dette.

Mais il en est autrement au cas de vente *a non domino*. C'est par une figure du langage que l'on considère la chose vendue comme étant l'objet de la vente ; le véritable objet du contrat est le droit sur la chose vendue, autrement dit la transmission de la propriété. Du moment que cette transmission n'est pas réalisable, le but juridique de la vente échappe, le contrat manque d'un élément nécessaire à sa validité, et devient nul.

De là toute une série de règles. Si l'acheteur a juste sujet de craindre d'être troublé, il peut suspendre le paiement du prix, car il y a possibilité que la vente n'aboutisse pas (article 1653). S'il est troublé, à plus forte raison évincé, il peut agir en garantie (article 1626). Même sans être troublé, s'il

1. *Suprà*, p. 11 et suiv.
2. *Ibid.*, p. 13 et 14.

apparaît que le but de la vente est irréalisable parce que le vendeur n'est pas propriétaire, il peut faire tomber la vente, car le résultat juridique essentiel du contrat ne peut pas se produire. C'est ici qu'intervient l'article 1599.

Donc la vente peut être attaquée dès et par cela seul qu'il est établi que le vendeur n'était pas propriétaire, sans qu'il soit nécessaire d'attendre le trouble ou la dépossession.

115. Tels sont les trois points hors de conteste.

Ces trois points mis à part, le système du Code civil est mal déterminé. Innovant sur l'ancien droit, le législateur de 1804 aurait dû caractériser la nature de la nullité introduite ; or il a négligé de dire sous quelle forme elle se produit, qui peut l'invoquer et quels en sont les effets.

De là une foule de questions à propos desquelles la controverse s'éternise. La pratique, faute d'un principe directeur posé par la loi, oscille à tous les vents.

116. Autant qu'on peut en juger à travers la diversité des opinions émises par les auteurs et des solutions admises par la jurisprudence, trois manières de voir se sont fait jour quant à la façon de comprendre la nullité de la vente de la chose d'autrui.

Nous allons commencer par donner une idée d'ensemble de ces conceptions diverses, sans les discuter. Puis nous rechercherons dans quelle mesure la doctrine et la jurisprudence s'en sont inspirées pour résoudre les difficultés auxquelles l'application de l'article 1599 a donné naissance.

117. **Certains auteurs**[1] regardent l'action en nullité introduite par l'article 1599 comme n'étant que l'action en résolution pour défaut d'exécution par le vendeur des obligations qui lui incombent; l'article 1599 serait une application de l'article 1184[2].

Il existe, en matière de vente, une application bien apparente et très formelle de l'action résolutoire tacite : « Si l'a« cheteur ne paie pas le prix, dit l'article 1654, le vendeur « peut demander la résolution de la vente[3]. »

L'article 1599 en consacrerait une autre au profit de l'a-

1. Troplong, I, n° 238, — Larombière, article 1128, n° 30, — Demante et Colmet de Santerre, VII, p. 55, n° 28 *bis* VI.
2. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 386 et suiv.
3. Voy. *infrà*, n°s 265 et suiv.

cheteur. Du moment qu'il est reconnu que le vendeur n'était pas propriétaire, il devient évident qu'il ne peut exécuter les obligations inhérentes à la vente moderne ; sous le nom de nullité, l'article 1599 introduit une action résolutoire au profit de l'acheteur.

Si l'on part de cette idée, il faudra conclure : 1° que l'action de l'article 1599 appartient uniquement à l'acheteur, — 2° que l'action dure trente ans, — 3° qu'il y a lieu d'appliquer toutes les règles de l'action résolutoire, notamment celle aux termes de laquelle la résolution n'opère pas de plein droit, mais ne peut résulter que d'une décision judiciaire (article 1184) [1].

118. Dans une deuxième opinion, on considère l'action en nullité de l'article 1599 comme une simple variété de l'action en garantie. Elle serait une action en garantie exercée par anticipation [2].

De droit commun, l'acheteur n'a droit à la garantie que s'il est évincé ou au moins troublé. Il jouit alors de l'ancienne *actio utilis ex empto*, sous le nom d'action en garantie (article 1626).

L'article 1599 instituerait une protection nouvelle, en autorisant l'acheteur, sans attendre l'événement, à recourir contre le vendeur dès qu'il est démontré que celui-ci n'était pas propriétaire de la chose vendue, parce qu'il y a d'ores et déjà menace d'éviction.

Si l'action en nullité n'est autre que l'action en garantie dans ce cas spécial, toutes les règles de la garantie deviendront applicables : le vendeur ne pourra pas se prévaloir de l'article 1599, même s'il a été de bonne foi, et l'action durera trente ans à partir de la découverte de la vérité (article 2257).

119. Dans une troisième opinion, l'action ouverte par l'article 1599 est regardée comme une véritable action en nullité, précisément parce que le texte la prévoit sous ce nom. Dès lors, ce ne sont plus les règles de l'action résolutoire, ni celles de la garantie, mais les principes de l'action en nullité qui deviennent applicables.

Seulement, ce point de départ une fois admis, les partisans de cette troisième opinion se divisent quant au point de sa-

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 389.
2. *Sic* : Vigié, *Droit civil français*, 1re édition, III, p. 375, n° 702.

voir quel est le fondement de la nullité et quels en sont, par suite, les caractères.

a) Les uns la regardent comme une nullité faute d'objet [1]. L'objet de la vente est la transmission de la propriété; l'objet fait défaut quand il est constant que la vendeur n'est pas propriétaire.

La nullité d'une convention pour défaut d'objet est une nullité absolue [2]. De là découlent toute une série de conséquences [3], notamment les deux suivantes : 1° la nullité pourra être invoquée par le vendeur comme par l'acheteur, — 2° l'action en nullité sera recevable pendant trente ans.

b) Un auteur semble regarder la nullité de la vente de la chose d'autrui comme une nullité pour défaut de cause [4]. Et c'est à peine si cette manière de concevoir la nullité mérite d'être distinguée de la précédente. D'une part, l'auteur qui la soutient ne paraît pas avoir fait une distinction vraiment réfléchie entre le défaut de cause et le défaut d'objet; ce qui n'a pas lieu, d'ailleurs, de surprendre beaucoup, car nous savons que la notion de la cause et celle de l'objet se touchent au point de se confondre dans les contrats synallagmatiques [5]. D'autre part, la nullité pour défaut de cause a le même caractère que la nullité pour défaut d'objet : c'est une nullité absolue [6]; dès lors, qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre, les règles à suivre seront les mêmes : le droit d'agir en nullité appartiendra au vendeur comme à l'acheteur, et l'action en nullité se prescrira par trente ans [7].

c) D'autres enfin [8] considèrent la nullité de la vente de la chose d'autrui comme une nullité pour erreur sur la personne. Le vendeur n'ayant pas la qualité que l'acheteur lui supposait et sur la foi de laquelle il a conclu, l'une des conditions substantielles de la vente moderne fait défaut [9].

A la rigueur, on pourrait aussi regarder la nullité comme

1. En ce sens : Toullier, VI, p. 132, — Leligois, *Revue critique*, 1869, p. 22 et suiv., n° 8. — Cpr. Bastia 18 avril 1855, Sir. 1855.II.252. — 3 mars 1858, Sir. 1858.II.241.
2. Cpr. *Les contrats et les obligations*, p. 156 et 159.
3. *Ibid.*, p. 161 et suiv.
4. Marcadé, article 1599, n°s 2 et 3.
5. *Les contrats et les obligations*, p. 120 et suiv. — Cpr. *infrà*, n° 132.
6. *Les contrats et les obligations*, p. 156 et 158.
7. *Ibid.*, p. 161 et suiv.
8. Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 118.
9. *Les contrats et les obligations*, p. 56 et 57.

une nullité pour erreur sur la substance de la chose vendue. L'une des conditions substantielles de la vente moderne étant le transfert de la propriété, le fait d'appartenir au vendeur constitue pour la chose une qualité substantielle, déterminante de la volonté des parties [1].

Erreur sur la personne ou sur la substance de la chose, la nullité d'une convention pour erreur est une nullité relative [2]. De là toute une série de conséquences [3], et notamment les deux suivantes : 1° l'action en nullité pourra être intentée par celle des parties qui aura été dans l'erreur, et par toutes deux si l'erreur a été commune [4], — 2° l'action pourra être intentée seulement pendant dix ans (article 1304).

120. Telles sont les trois manières de voir qui ont été proposées.

S'il fallait choisir, nous serions tentés de donner la préférence à la seconde. Le système le plus simple, celui qui semble s'harmoniser le mieux avec l'ensemble des principes de la vente, est celui qui voit dans l'article 1599 une extension de l'idée de garantie, une garantie par anticipation.

Mais il serait vain de s'attarder à l'examen critique de ces divers systèmes, car il ne paraît pas qu'ils aient été exposés d'une façon dogmatique, et pris comme base de constructions rigoureuses. Les auteurs et les arrêts, mis en présence des difficultés que soulève l'application de l'article 1599, ont tourné autour de ces difficultés plutôt qu'ils ne les ont abordées de front ; ils n'ont pas cherché un point d'appui fixe pour leurs solutions ; ils se sont inspirés des nécessités pratiques, de l'équité, et aussi, mais seulement à titre subsidiaire, d'idées théoriques, qu'ils ont invoquées incidemment, dont ils ont fait usage moins comme de principes que comme d'arguments à l'appui de solutions regardées comme satisfaisantes et qu'il s'agissait de faire prévaloir [5].

Laissant donc de côté les considérations doctrinales, contentons-nous de grouper les principales règles qui sont admises et les principales questions qui se posent à propos de la nullité établie par l'article 1599.

1. *Les contrats et les obligations*, p. 59.
2. *Ibid.*, p. 55 et 157.
3. *Ibid.*, p. 161 et suiv.
4. *Ibid.*, p. 63.
5. Voy. Planiol, *Traité élémentaire*, 1re édition, II, p. 447 et 448.

121. La nullité peut être proposée sous deux formes.

1° Elle peut l'être sous forme d'exception.

L'acheteur, actionné en paiement du prix, peut refuser de l'acquitter. Le but en vue duquel il s'est obligé ne se réalisant pas, son obligation devient sans cause ; il a un juste sujet de redouter une action en revendication et se trouve, par conséquent, au cas d'invoquer l'article 1599 [1].

Le vendeur, actionné en délivrance, peut se refuser à délivrer. S'il a vendu de bonne foi, ignorant que la chose appartînt à autrui, ce refus n'a rien que d'absolument correct ; son obligation est sans objet, puisque l'objet est le transfert de la propriété. S'il a vendu de mauvaise foi, pourquoi la solution serait-elle différente ? Qu'il se soit mis dans une situation fausse n'est pas une raison pour qu'il s'y engage encore plus avant. D'ailleurs, de bonne ou de mauvaise foi, il peut être passible de dommages-intérêts envers l'acheteur (article 1599 *in fine*).

2° La nullité peut être proposée sous forme d'action. Mais alors il faut distinguer entre l'acheteur et le vendeur.

L'acheteur mis en possession, alors même qu'il n'a pas été troublé, peut, invoquant l'article 1599, demander la nullité du contrat. Certains auteurs [2] invoquent à l'encontre de cette solution l'article 1653 ; cet article, disent-ils, suppose que « l'acheteur..... a juste sujet de craindre d'être trou- « blé par une action..... en revendication.... », et il lui accorde simplement le droit de « suspendre le paiement « du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trou- « ble », sans ouvrir à son profit une action en nullité du contrat. Mais l'objection ne porte pas ; l'article 1653 se place dans l'hypothèse d'un trouble éventuel et suppose que l'acheteur a des doutes, tandis que l'article 1599 suppose acquise la preuve de la non-propriété du vendeur. L'acheteur ne pourrait pas demander la nullité de la vente pour une simple crainte, mais il peut la demander lorsqu'il a une certitude.

1. C'est ici le lieu de signaler, à titre de rapprochement, la règle consacrée, en ce qui concerne l'échange, par l'article 1704 : « Si l'un des copermutants a « déjà reçu la chose à lui donnée en échange, et qu'il prouve ensuite que « l'autre contractant n'est pas propriétaire de cette chose, il ne peut pas être « forcé à livrer celle qu'il a promise en contre-échange, mais seulement à « rendre celle qu'il a reçue. »

2. En ce sens : Toullier, XIV, n° 240. — En sens contraire : Aubry et Rau, IV, p. 355, note 47, — Douai 3 juillet 1846, D. P. 1846.II.508, Sir. 1846.II.378.

Nous touchons ici du doigt la différence pratique vraiment importante qui sépare le droit romain du droit français en ce qui concerne la vente de la chose d'autrui.

Quant au vendeur qui aurait fait la délivrance, il ne peut pas invoquer la nullité par voie d'action. Cette règle ne peut faire aucun doute pour ceux qui ne voient dans l'article 1599 qu'une application de l'article 1184 ou des principes de la garantie. Elle doit être admise même par ceux qui regardent l'article 1599 comme donnant ouverture à une action en nullité. D'abord, le vendeur, n'étant pas propriétaire, serait dépourvu de qualité pour demander la restitution de la chose. D'autre part, il devrait être repoussé par application de la maxime *Quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio* ; en effet, la vente de la chose d'autrui entraîne garantie [1].

Ainsi, la vente est nulle en ce sens que les parties peuvent se refuser à l'exécuter et que l'acheteur peut en demander la nullité, sans attendre l'éviction. A tous autres égards, la situation reste ce qu'elle était au temps où la vente de la chose d'autrui était valable.

122. Quant au point de savoir dans quel délai la nullité doit être proposée, les idées les plus diverses se sont fait jour.

Ceux qui considèrent la vente de la chose d'autrui comme inexistante et non pas seulement comme annulable, n'admettent d'autre prescription que celle de trente ans [2].

Ceux qui considèrent l'article 1599 comme donnant ouverture à une action en nullité relative appliquent l'article 1304 et limitent à dix ans le délai pendant lequel l'action peut être intentée [3].

Mais ils cessent de s'entendre en ce qui concerne le point de départ du délai de dix ans.

Les uns font courir les dix ans de la date du contrat [4]. Les

1. *Suprà*, n° 112.

2. En ce sens : Marcadé, article 1599, n° 3, — Massé et Vergé, IV, § 680. n° 14, — Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 28 *bis* XVIII, — Leligois, *Revue critique*, 1869, p. 21, — de Folleville, *Revue pratique*, 1872, p. 63. — D'après Huc (X, n° 68), l'action en nullité de la vente se prescrit par dix ans à partir du jour de la découverte de l'erreur, mais l'acquéreur conserve l'action en garantie qui dure trente ans.

3. En ce sens : Troplong, I, n° 239, — Duvergier, I, n° 221, — Aubry et Rau, IV, 4e édition, § 351, p. 356 texte et note 51, — Laurent, XXIV, n° 118, — Guillouard, I, n° 187, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 119.

4. *Sic* : Troplong. Duvergier. *loc. cit.*

autres rejettent cette solution parce qu'elle expose l'acheteur à perdre son action avant que la chose cesse de pouvoir être réclamée par le vrai propriétaire ; et ils font courir le délai du jour où les faits arrivent à la connaissance du propriétaire : la prescription de l'article 1304, disent-ils, repose sur une ratification présumée [1], et ne commence par conséquent à courir que du jour où la confirmation devient possible [2].

123. Reste une dernière question. La nullité de la vente de la chose d'autrui peut-elle se couvrir et comment? Cette question se pose dans trois cas.

Premier cas.

Supposons la prescription accomplie. L'acheteur est devenu propriétaire et ne peut plus, dès lors, être inquiété. Peut-il encore invoquer l'article 1599 et demander la nullité du contrat?

Non, peut-on dire; la demande de l'acheteur serait dénuée de cause et sans effet possible, puisqu'il a ce à quoi il a droit [3]. Les partisans de cette manière de voir ajoutent que l'acheteur d'un meuble ne peut plus invoquer l'article 1599 dès qu'il a été mis en possession ; du moins il le peut seulement dans les cas où il est exposé à la revendication : dans tous les autres, l'article 1599 s'efface devant l'article 2279.

Cette doctrine est très contestable. En effet, la prescription n'opère pas de plein droit ; « les juges, dit l'article 2223, ne « peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la « prescription » ; et le vendeur ne peut pas forcer l'acheteur à l'invoquer. C'est à l'acheteur d'apprécier s'il lui convient de s'en prévaloir, et une pareille appréciation est affaire de délicatesse personnelle. Donc, malgré la prescription accomplie, l'acheteur peut toujours invoquer l'article 1599 s'il est dans les délais pour le faire [4].

Quant à l'ancien propriétaire, il peut, dans tous les cas, poursuivre le vendeur, puisqu'il se trouve dépouillé par le fait de celui-ci. Et il a trente ans pour agir [5].

1. *Les contrats et les obligations*, p. 165 et 166.
2. *Sic* : Baudry-Lacantinerie et Saignat, *loc. cit.* — D'après Aubry et Rau (*loc. cit.*), les dix ans ne courent que du jour où le vendeur est devenu propriétaire de la chose, ou du jour auquel le *verus dominus* a ratifié la vente.
3. Voy. Aubry et Rau, IV, p. 355, note 49.
4. *Sic* : Demante et Colmet de Santerre, VII, p. 63, n° 28 *bis* XIX, — Laurent, XXIV, n° 119.
5. Cass. 20 juillet 1852, Sir. 1852.I.689.

Deuxième cas.

On peut supposer que le véritable propriétaire ratifie la vente, ce qui peut se produire notamment par suite d'arrangements intervenus entre le propriétaire et le vendeur.

Ceux qui voient dans l'article 1599 une application de l'article 1184 regardent la ratification comme possible[1]. En effet, la condition résolutoire tacite n'opère pas *ipso jure*; si le droit de l'acheteur est consolidé au moment où il introduit sa demande, son action ne sera plus fondée[2].

Ceux qui regardent l'article 1599 comme consacrant une nullité faute d'objet n'admettent aucune confirmation. La nullité opère de plein droit; elle a donné naissance dès le début, au profit de l'acheteur, à un droit que les circonstances ultérieures ne peuvent lui enlever[3].

Enfin ceux qui regardent la nullité de l'article 1599 comme une simple nullité relative admettent la confirmation[4].

Troisième cas.

Supposons que le vendeur acquière après coup la propriété. Un fils vend un immeuble appartenant à son père; le père meurt et le fils lui succède. La vente devient-elle valable ? Si l'acheteur consent à ratifier, aucun doute n'est possible. Mais l'acheteur peut-il s'y refuser ? Les distinctions sont les mêmes.

En doctrine, il y a controverse sur tous ces points. Quant à la jurisprudence, elle admet que la nullité est couverte toutes les fois que l'intérêt de l'acheteur cesse d'être engagé, par conséquent dès que le résultat par lui visé se trouve atteint. Elle admet que la vente de la chose d'autrui est validée : 1° quand le propriétaire ratifie la vente[5], au moins quand il la ratifie avant que l'acheteur n'ait intenté son action[6], —

1. Troplong, I, n° 236, — Duvergier, I, n° 219, — Laurent, XXIV, n° 121, — Guillouard, I, n° 185 ; — Cass. 20 février 1855, D. P. 1855.I.136, Sir. 1855.I. 590, — Bordeaux 23 février 1883, Sir. 1883.II.176.

2. *Les contrats et les obligations*, p. 164 et 165.

3. Aubry et Rau, IV, § 351, note 49, — de Folleville, *Revue pratique*, 1872, p. 65 et suiv.

4. Cass. 4 mars 1891, D. P 1891.I.313.

5. Cass. 20 février 1855, D. P. 1855.I.135, Sir. 1855.I.590, — Bordeaux 23 février 1883, Sir. 1883.II.176.

6. Cass. 30 décembre 1872, D. P. 1873.I.437, Sir. 1873.I.125, — Pau 8 juil-

2° lorsque le vendeur acquiert plus tard la propriété de la chose vendue, soit en devenant héritier du propriétaire, soit en achetant la chose [1], — 3° lorsque, par l'expiration du délai de prescription, l'acquéreur *a non domino* est devenu propriétaire [2].

124. N'insistons pas davantage sur l'article 1599. Il fournit un des exemples les plus frappants des difficultés auxquelles peut exposer l'introduction dans la loi d'une idée vague et insuffisamment analysée.

§ 2. — Le prix.

125. Le deuxième élément de la vente est le prix.

Dans la pensée des parties, le prix représente l'estimation de la chose ; plus exactement, il en est l'équivalent.

Il consiste, de toute nécessité, en monnaie, c'est-à-dire en un objet qui est l'instrument servant de mesure commune de la valeur, tout en étant lui-même une marchandise. Ce point est essentiel ; c'est par là que la vente diffère de l'échange.

126. Habituellement le prix consiste en une somme fixe, en un capital payable en bloc ou par fraction, tout de suite ou à terme. Il peut également consister en une rente, perpétuelle ou viagère, que l'acheteur constitue sur lui-même [3]. Dans ce cas, le prix n'est pas figuré par les arrérages, qui sont les produits de la rente, mais par le droit même de rente qui est acquis au vendeur. Le contrat, envisagé au point de vue purement juridique, est plutôt, dans ce cas, un échange qu'une vente : l'échange d'une chose contre un droit de rente ; cependant, on l'a toujours envisagé comme une vente, et nous allons voir que le Code civil paraît avoir consacré le point de vue traditionnel.

let 1874 sous Cass. 18 novembre 1879. D. P. 1880.I.55. Sir. 1881.I.355. — Dijon 9 mars 1881, Sir. 1882.II.220.

1. Paris 25 août 1845, D. P. 1845.II.133, Sir. 1846.II.161. — Agen 17 décembre 1851, D. P. 1852.II.89, Sir. 1852.II.392, — Alger 19 novembre 1891, joint à Cass. 24 novembre 1896, Sir. 1897.I.457, — Nancy 14 novembre 1894, D. P. 1895.II.349.

2. Montpellier 8 novembre 1881, Sir. 1884.II.169

3. Voy. Cass. 26 avril 1893, D. P. 1893.I.359, — 15 novembre 1892, D. P. 1894.I.40, — Amiens 31 janvier 1895, D. P. 1896.II.46, — Cass. 28 octobre 1895, D. P. 1896.I.36.

L'article 1968 le consacre, non pas d'ailleurs d'une manière explicite, pour la rente viagère : « La rente viagère peut « être constituée à titre onéreux, moyennant une somme d'ar- « gent, ou pour une chose mobilière appréciable, ou pour « un immeuble. » L'opération prend alors le nom de vente à fonds perdu, parce que les arrérages absorbent peu à peu le capital, de sorte que le fonds se trouve anéanti quand ils cessent d'être dus, à la mort du vendeur rentier.

L'article 530 s'exprime plus explicitement pour la rente perpétuelle : « Toute rente établie à perpétuité pour le prix « de la vente d'un immeuble, ou comme condition de la ces- « sion à titre onéreux ou gratuit d'un fonds immobilier, est « essentiellement rachetable. » C'est bien une vente, puisque le texte parle d'un rachat ; de fait, on applique ici les règles de la vente, non celles de l'échange : il y a lieu, par exemple, au privilège du vendeur [1].

Lorsque la prestation de l'acquéreur consiste partie en monnaie, partie en un équivalent d'une autre nature, il appartient au juge, en cas de conflit, de déterminer, d'après l'importance respective des deux éléments, quel est celui qui domine dans la convention complexe et en fixe le caractère. Souvent la convention aura un caractère mixte ; elle sera une vente dans la mesure où le prix en monnaie représente la chose, et formera, pour le surplus, un contrat particulier.

Ce ne sont guère là que des observations de pur fait [2].

127. La question de savoir à quelles conditions le prix convenu constitue un objet suffisant, de manière que la vente soit valable de ce chef, rentre plus directement dans le domaine du droit.

Ces conditions sont au nombre de deux. La première est des plus simples ; elle est prévue par les articles 1591 et 1592. La seconde, moins bien établie, laisse place à des équivoques.

Première condition.

128. D'après les articles 1591 et 1592, le prix doit être fixé par les parties. A tout le moins, la convention doit fournir

1. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 6.

2. Voy. fragm. 38 et 79, Dig., *De contrahenda emptione*, XVIII, I, — et fragm. 21 § 4, Dig., *De actionibus empti*, XIX,I. — Cpr. Aubry et Rau, IV p. 336, texte et note 25.

dès maintenant, d'une façon ferme, le moyen de fixer ultérieurement le prix.

S'il en était autrement, on ne pourrait pas dire qu'il y a accord sur le prix, que les parties sont convenues « de la chose « et du prix », comme l'article 1583 exige qu'elles le soient. C'est ce qu'entend exprimer l'article 1591 : « Le prix de la vente « doit être déterminé et désigné par les parties. » Le prix déterminé et désigné est celui dont la quotité est établie par la convention, ou dont la convention permet d'établir la quotité, en d'autres termes celui qui est fixé ou susceptible de l'être.

La vente *au prix qu'il plaira à l'acheteur de donner* serait nulle ; il n'y aurait pas de lien pour l'acheteur, et il serait inexact de dire qu'on est convenu du prix. La vente *au cours du jour* est au contraire valable, du moins s'il s'agit de choses ayant un cours régulièrement constaté au moyen de cotes ou de mercuriales [1].

129. L'article 1592 admet que la fixation du prix soit renvoyée à plus tard, si d'ailleurs le mode de fixation est arrêté dès l'échange des consentements. Ainsi les parties chargent une ou plusieurs personnes d'y procéder : une ou plusieurs personnes nommément désignées, ou bien à désigner par la suite, mais d'une manière dès maintenant prévue et arrêtée. Le prix, dit le texte, peut « être laissé à l'arbitrage « d'un tiers ».

Les personnes ainsi chargées de fixer le prix ne sont pas des arbitres, devant procéder d'après la procédure de l'arbitrage. Ce ne sont pas davantage des experts, chargés seulement de donner un avis qui doive être soumis à une appréciation supérieure. Ce sont des mandataires [2], recevant la mission de compléter la convention et de réaliser, par la fixation du prix, la vente déjà consentie.

La vente est faite alors sous condition suspensive. Si la fixation du prix survient, faite d'après le mode prévu, le contrat

1. Voy. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 2e édition, IV, p. 601 et suiv., 699 et suiv., — Thaller, *Traité élémentaire*, 3e édition, p. 440 et 515.

2. Voy. Aubry et Rau, IV, § 349, p. 338, texte et note 31, — Laurent, XXIV, n° 77, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, nos 134 et suiv. — Cpr. Nancy 24 avril 1884, en note dans D. P. 1892.II.143, — trib. de la Seine 28 janvier 1890, *Le Droit* du 22 février, — Bastia 1er février 1892, D. P. 1892.II.143, Sir. 1892.II.201, — Rouen 1er avril 1892, D. P. 1894.II.134, — Dijon 15 février 1893, D. P. 1893.II.168, Sir. 1894.II.144.

sera valable ; sinon, il ne se sera pas formé. Aussi l'article 1592 *in fine* ajoute : « Si le tiers ne veut ou ne peut faire « l'estimation, il n'y a point de vente. » C'est strictement logique ; un des éléments, un des objets du contrat fait défaut.

Seconde condition.

130. Elle est moins nette, moins susceptible d'être indiquée sous une forme précise. Elle se rattache à la question de savoir dans quelle mesure le prix convenu doit, pour que la vente soit valable, représenter la valeur de la chose vendue. L'égalité de valeur des choses qui se servent d'équivalents n'est pas de l'essence des contrats à titre onéreux, pas plus de la vente que de tout autre ; cependant, on peut concevoir que l'inégalité soit si considérable qu'elle puisse être considérée comme viciant la convention, comme en altérant les conditions normales.

Quel est, à cet égard, le point de vue du droit actuel ? La question se présente sous deux aspects. L'un est prévu par les textes, l'autre ne l'est pas.

Premier aspect de la question.

131. Il est prévu par les articles 1674 à 1685, qui forment une section dont la rubrique est la suivante : *De la rescision de la vente pour cause de lésion*. Voyons ce que règlent ces textes ; nous essaierons ensuite de trancher les difficultés qu'ils laissent non résolues.

132. On nomme lésion, dans les contrats à titre onéreux, l'écart de valeur entre les choses qui forment l'objet des conventions réciproques et se servent par là même d'équivalents. Dans la vente, la lésion est l'écart entre la valeur de la chose et le prix convenu.

D'après le droit commun, la lésion, ainsi entendue, ne vicie pas les conventions (article 1118)[1]. Cela tient à ce que toute convention, pourvu qu'elle intervienne entre personnes sensées, est destinée, dans la pensée des parties, à donner satisfaction à une utilité ou à une convenance. Or les relations d'utilité ou de convenance sont essentiellement contingentes ; elles n'ont pas de mesure commune, encore moins de

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 148 et suiv.

mesure absolue ; elles dépendent des circonstances et des personnes. Dès lors, les choses ne sauraient être ni légalement ni judiciairement tarifées. Leur valeur, au point de vue de l'échange, ne peut être appréciée que par les parties et ne saurait être établie *a priori* ; elle est variable comme les influences qui la déterminent. La conséquence, en droit, est que la lésion ne vicie pas les conventions ; telle est, en effet, la disposition de l'article 1118.

Toutefois, cet article réserve des exceptions : « La lésion, « dit-il, ne vicie les conventions que dans certains contrats ou « à l'égard de certaines personnes.... ». Or, parmi les contrats que la lésion vicie, la vente figure au premier rang. La vente, d'après l'article 1674, est rescindable pour lésion de plus des sept douzièmes, c'est-à-dire quand il y a un écart de plus des sept douzièmes entre la valeur de la chose vendue et le prix stipulé, entre le *verum pretium* et le prix payé.

L'exception remonte à une tradition lointaine.

Elle était admise dans le droit romain, où la vente pouvait être attaquée par le vendeur *si nec dimidia pars veri pretii soluta sit* [1]. L'acheteur, en cas de lésion constatée de plus de moitié, devait rendre la chose ou parfaire le prix.

La règle a été maintenue dans l'ancien droit français, qui a admis la rescision pour lésion d'outre moitié [2].

Elle a été abolie par la loi du 14 fructidor an III, puis bientôt rétablie par celle du 3 germinal an V. Elle a passé de là dans les articles 1674 et suivants, après une discussion très vive au Conseil d'Etat [3].

133. Dans quels cas la loi autorise-t-elle l'action en rescision ? Elle ne l'admet que sous trois conditions.

PREMIÈRE CONDITION

134. Il faut que la vente ait pour objet un immeuble. La rescision pour lésion n'est jamais possible en matière de vente de meubles. C'est par application de cette règle que l'action en rescision est écartée en ce qui concerne les cessions d'offices, parce que les offices ont une nature mobilière [4].

1. Constit. 2, C. de Justinien, *De rescindenda venditione*, IV, 44.
2. Dumoulin, *Coutume de Paris*, § 33, glos. I, — Loysel, *Institutes coutumières*, liv. III, tit. IV, nos 11 et 12, — Domat, liv. I, tit. II, sect. IX, — Pothier, *Traité des obligations*, part. I, ch. I, art. 3, § 4, — *Traité de la vente*, nos 330 et suiv.
3. Voy. Fenet, XIII, p. 91 et suiv., — XIV, p. 33, 45 et 62.
4. Aubry et Rau, IV, p. 414 et note 5.

Cette distinction entre les meubles et les immeubles, au point de vue de la lésion, ne peut s'expliquer que par des considérations d'ordre général.

On a considéré que les meubles ne sont pas susceptibles d'une estimation aussi précise que les immeubles, qu'ils n'ont pas une valeur aussi stable et aussi impersonnelle. On a observé, en outre, qu'ils ont, indépendamment de leur valeur intrinsèque, seule appréciable, une valeur de convention, d'affection, valeur personnelle et, par conséquent, variable à l'infini. Enfin, la tradition, qui attache moins d'importance aux meubles qu'aux immeubles, a exercé ici encore son influence.

135. Il n'y a, d'ailleurs, aucune différence à établir, à ce point de vue, entre les diverses espèces d'immeubles. L'article 1674 a une portée générale.

La rescision est admise soit que la vente ait pour objet un immeuble corporel, soit qu'elle ait pour objet un immeuble incorporel, c'est-à-dire un droit immobilier, comme, par exemple, une servitude.

Elle est admise même dans les ventes d'immeubles par détermination de la loi, comme les actions de la Banque de France. Cette règle est un peu bizarre ; car si la loi a pu modifier le caractère juridique de ces actions, elle n'a pas pu en changer la nature, leur donner une valeur absolue et plus aisément susceptible de fixation. Mais l'article 1674 ne distingue pas ; la vente est rescindable dès qu'elle a pour objet un immeuble, quel qu'il soit [1].

DEUXIÈME CONDITION

136. Il faut que la lésion soit de plus des sept douzièmes (article 1674). Ce chiffre est évidemment arbitraire ; tout autre le serait également.

Autrefois, la lésion devait être d'outre moitié ; c'est ce qu'on appelait la lésion énorme. Les rédacteurs du Code ont exigé un peu plus, pour cette raison singulière que, dans l'ancien système, la différence la plus légère en sus de la moitié eût suffi à faire pencher la balance. Cela prouve que l'esprit, même chez les gens les plus sérieux, cède parfois à de véri-

1. Voy. Aubry et Rau, IV, p. 414 ; — trib. de Nice 24 mars 1884, *La Loi* du 20 avril, — Lyon 10 juin 1875, Sir. 1876.II.119, — Orléans 14 février 1894, *Pandectes françaises périodiques*, 1895.II.161 (note de M. Chauveau).

tables illusions ; car, aujourd'hui encore, la différence la plus légère au-dessus des sept douzièmes ne ferait-elle pas pencher la balance de la même façon ?

TROISIÈME CONDITION

137. Il faut que la lésion se soit produite au détriment du vendeur ; l'acheteur ne peut en aucun cas se prévaloir d'une lésion (articles 1683 et 1674). Un immeuble vaut en réalité douze mille francs ; il a été vendu moins de cinq mille ; le vendeur est lésé de plus des sept douzièmes ; il a l'action en rescision. L'immeuble vaut cinq mille francs ; il a été vendu plus de douze mille ; l'acheteur, bien que lésé de plus des sept douzièmes, ne peut pas exercer l'action en rescision. Cependant la situation est la même pour tous deux.

Cette condition est caractéristique. Elle révèle, d'une manière très nette, le point de vue auquel la loi s'est placée, la raison pour laquelle elle a admis la rescision.

Le vendeur, en contractant, doit avoir eu l'intention d'obtenir l'équivalent au moins approximatif de son immeuble ; c'est l'intention naturelle de tout vendeur. S'il consent à vendre l'immeuble pour un prix notablement inférieur au prix véritable — et il est notablement inférieur lorsqu'il n'atteint pas les cinq douzièmes — cela ne peut tenir qu'à l'une des deux raisons suivantes : ou bien il ignore la valeur vraie de son immeuble, — ou bien il est moralement contraint de vendre par la nécessité de se procurer de l'argent coûte que coûte, et l'acheteur abuse de sa situation. Ainsi qu'on l'a fort bien dit, le vendeur est victime d'un dol ou d'une violence des circonstances ; il est déterminé à vendre non par sa volonté, mais par la nécessité ; il est victime ou d'une erreur ou d'une sorte de force majeure. Le fondement de l'action en rescision, que la loi lui accorde, ne doit pas être cherché ailleurs.

Quant à l'acheteur, sa situation est toute différente. On ne peut supposer qu'il soit jamais forcé d'acheter. Si l'on paie une chose beaucoup plus cher qu'elle ne vaut, c'est qu'on le veut bien et qu'on entend se passer la satisfaction d'une fantaisie. L'acheteur ne peut être, comme le vendeur, victime de la fatalité, contraint par les circonstances. De là la disposition de l'article 1683 : « La rescision pour lésion n'a « pas lieu en faveur de l'acheteur. »

138. Tel est le point de vue légal.

Aussi l'article 1706 dit-il qu'il n'y a pas lieu à rescision pour cause de lésion dans l'échange, malgré la grande analogie qui rapproche ce contrat de la vente [1]. On ne fait pas un échange par besoin d'argent ; on ne saurait donc admettre en pareil cas la violence des circonstances.

Et c'est aussi pourquoi le développement des moyens de crédit, notamment l'extension du crédit foncier, en offrant aux propriétaires d'immeubles des facilités d'emprunt qui les affranchissent de la cupidité des acheteurs, restreint de plus en plus l'utilité de l'action en rescision. Là où il y a des facilités données à tous, des moyens de parer aux complications de situations embarrassées, la violence des circonstances n'est plus à redouter, du moins au même degré.

139. Donc, l'action en rescision n'est ouverte qu'au vendeur. Elle lui est ouverte, dit l'article 1674, « quand même il « aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de « demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la « plus-value ».

« Quand même il aurait expressément renoncé. » Sans cette précaution de la loi, la renonciation du vendeur serait devenue de style dans les actes de vente entachés de lésion ; l'acheteur, faisant une bonne affaire, n'aurait pas manqué de demander l'insertion au contrat d'une clause de renonciation ; le vendeur, que nous supposons victime de la pression des circonstances, y aurait consenti, n'étant pas plus libre de s'y refuser que d'éviter la vente, et il aurait perdu de la sorte la protection que la loi estime équitable de lui assurer. Aussi le législateur a-t-il décidé que la renonciation du vendeur, lors du contrat, ne le prive pas du droit que la loi lui accorde.

Le texte ajoute : quand même « il aurait déclaré donner la « plus-value ». Cela se comprend aisément ; car, sous une autre forme, le résultat aurait été le même. Toutefois, ces mots doivent être entendus raisonnablement et sous une réserve un peu subtile, mais essentielle. Pour que la vente soit annulable lorsqu'il y a lésion de plus des sept douzièmes au préjudice du vendeur, il faut qu'il soit établi que celui ci a voulu vendre ; s'il est établi qu'il a entendu donner

1. *Suprà*, p. 4.

la différence entre le prix réel et le prix stipulé, l'opération est certainement valable[1]. L'article 1674 déclare sans effet la donation qui déguiserait une renonciation à l'action en rescision, mais non la donation que le vendeur voudrait sérieusement faire. S'il en était autrement, on arriverait à annuler toute donation mélangée de vente, ce qui est inadmissible ; d'autant plus inadmissible que la loi actuelle, telle que la jurisprudence l'interprète, autorise les donations déguisées, et ne les annule qu'autant qu'elles sont faites au profit d'incapables (article 971)[2].

Quant à la question de savoir comment on reconnaîtra la donation faite avec une intention libérale de celle qui cache une renonciation à l'action en rescision, c'est une question de pur fait, à trancher d'après l'intention probable des parties (article 1156).

140. Les explications qui viennent d'être présentées permettent de déterminer quels sont les effets de la renonciation à l'action en rescision, lorsque cette renonciation intervient postérieurement à la vente.

L'article 1338, que nous avons étudié en présentant la théorie générale des contrats[3], indique à quelles conditions la renonciation à une action en rescision peut intervenir valablement. Il est de principe que la confirmation d'un acte rescindable est dépourvue de valeur quand elle est entachée du même vice que cet acte lui-même ; or le vice de lésion, qui consiste dans une sorte de violence morale résultant du besoin d'argent et enlevant au vendeur sa liberté, subsiste

1. Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 120 *bis* IV, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 676.

Comme la volonté de donner ne se présume pas et que le contrat affecte les apparences d'une vente, il appartient à l'acheteur de prouver que le vendeur avait la volonté de donner : Baudry-Lacantinerie et Saignat, *loc. cit.*

Il est, en outre, nécessaire que le vendeur ait la capacité de donner, et l'acheteur celle de recevoir : Laurent, XXIV, n° 431, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, *loc. cit.*, — Guillouard, II, n° 691, — Huc, X, n° 192, — Amiens 31 juillet 1894, D. P. 1896.II.108.

2. Cass. 6 février 1849, D. P. 1849.I.170, Sir. 1849.I.250, — 6 décembre 1854, D. P. 1854.I.411, Sir. 1854.I.801, — 13 décembre 1859, D. P. 1859.I.503, Sir. 1860.I.624, — 25 juillet 1876, D. P. 1878.I.123, Sir. 1878.I.291, — 2 avril 1884, D. P. 1884.I.277, — 24 décembre 1884, *Journal du Palais*, 1887.I.752 ; — cpr. Aubry et Rau, 4e édition, VII, p. 84, texte et note 24. — *Contrà*, Delvincourt, II, p. 705, — Demante et Colmet de Santerre, IV, n° 3 *bis* VI, — Laurent, XII, n° 305, — Demolombe, *Donations et testaments*, III, n° 101, — Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 505 et suiv

3. *Les contrats et les obligations*, p. 625.

tant que le prix n'a pas été payé ; de sorte que la confirmation qui interviendrait avant ce paiement ne saurait avoir aucun effet, à moins cependant qu'elle ne constituât une donation déguisée[1].

141. Ainsi, la vente est rescindable pour cause de lésion lorsqu'elle a pour objet un immeuble, lorsque la lésion est de plus des sept douzièmes et se produit au préjudice du vendeur.

Cette règle, toutefois, comporte deux exceptions, dont l'une est certaine, l'autre contestable.

Première exception.

Il n'y a pas lieu à rescision pour lésion dans les ventes qui ne peuvent être faites que par autorité de justice. L'article 1684 est formel à cet égard. Les ventes visées par le texte sont les suivantes : la vente sur saisie, la vente de biens de mineurs, enfin la licitation dans les partages judiciaires lorsque les parties sont obligées d'y procéder. La publicité qui précède et accompagne ces ventes et le recours aux enchères publiques donnent l'assurance que l'offre et la demande se sont rencontrées et qu'il y a eu concurrence, que le vendeur, dès lors, n'est pas exploité par l'acheteur et obtient tout ce que les circonstances permettent.

Mais l'article 1684 concerne uniquement les ventes « qui « ne peuvent être faites que d'autorité de justice ». La rédaction du texte est significative. La règle qu'il établit n'est applicable que si la forme judiciaire est la seule possible ; elle est inapplicable aux ventes qui sont faites par autorité de justice, mais qui pourraient être faites dans une autre forme. Par exemple, des cohéritiers sont tous présents, tous majeurs, et il leur plaît de liciter un immeuble impartageable ; la vente est rescindable au cas de lésion[2].

L'explication est simple. Quand une vente ne peut avoir lieu que dans la forme judiciaire, les étrangers sont nécessairement admis à enchérir, ce qui assure la concurrence et permet d'atteindre le plus haut prix possible (articles 1687

1. Voy. Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 414, note 3, — Delvincourt, III, p. 165, — Duranton, XVI, n° 437, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 675, — Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 120 *bis* VI, — Laurent, XXIV, n° 430.

2. Voy. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 416, texte et note 14.

C. civ., 984 et 985 C. proc. civ.). Au contraire, lorsque les parties recourent aux formes judiciaires sans y être contraintes et alors qu'elles pourraient s'en dispenser, il leur est loisible de régler les formes de la vente comme elles l'entendent, et, en particulier, de limiter à leur gré l'admission des étrangers. Or l'article 1684 entend n'écarter la rescision que dans les ventes où toutes les garanties légales sont observées.

Seconde exception.

Nous avons dit qu'elle est contestable.

On dit communément[1] que la rescision pour lésion ne peut être invoquée quand la vente est aléatoire[2]. La vente a ce caractère, lorsque l'objet du contrat consiste dans une chance de gain ou de perte (article 1104 alinéa 2) ; la comparaison entre la valeur et le prix devient alors impossible. Il en est ainsi, dit-on, dans la vente d'un usufruit, d'une nue propriété, même à prix ferme ; la valeur de la chose vendue, en effet, dépend du temps que vivra l'usufruitier ; la vente a pour objet une chance de gain ou de perte résultant de l'incertitude de la vie humaine. On raisonne de la même manière en cas de vente de la propriété complète moyennant rente viagère, à fonds perdu[3].

Cependant ces solutions sont contestables. Quelques arrêts ont admis la rescision en matière de vente d'usufruit, en se fondant sur l'idée que la valeur d'un usufruit peut être appréciée au moyen d'un calcul de probabilités, grâce aux renseignements que fournissent les tables de mortalité. Il y a lieu à rescision, disent ces arrêts, dans les cas où les chances du vendeur sont tellement restreintes qu'on peut affirmer que le prix n'atteindra jamais les cinq douzièmes, et que le vendeur subira une lésion de plus des sept douzièmes, même en supposant la réalisation de la chance la plus favorable pour lui[4].

1. Voy. Portalis, dans son exposé des motifs : Fenet, XIV, p. 137. — Cpr. Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 682.

2. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 21.

3. Voy. Aubry et Rau, IV, p. 414 et 415, texte et note 8. — Cpr. *suprà*, n° 126.

4. La question est très discutée en doctrine et en jurisprudence. Les auteurs, à l'exception de Duranton (XVI, n° 442) et de Troplong (*De la vente*, n° 792), enseignent que la vente aléatoire n'est pas susceptible de rescision pour lésion : Duvergier, *De la vente*, II, n° 75, — Aubry et Rau, IV, p. 415,

Ainsi, un vieillard de quatre-vingts ans vend, moyennant une rente viagère de douze cents francs, un immeuble dont le revenu net est de mille francs, et qui peut valoir quarante mille francs. Il est clair que le contrat est sujet à rescision ; car, quand même le vendeur vivrait jusqu'à cent ans, l'acheteur qui paie seulement deux cents francs en plus du produit de l'immeuble n'arrivera pas à payer au moins les cinq douzièmes du prix vrai.

Prenons un autre exemple : celui d'une vente consentie moyennant une partie des fruits. *Primus* vend pour quatre cents francs de rente viagère un immeuble qui rapporte cinq mille francs. C'est un prix illusoire, qui autorise l'action en rescision.

Somme toute, entre les ventes commutatives et les ventes aléatoires, il n'y a qu'une seule différence : c'est que la preuve de la lésion est plus difficile à fournir dans les ventes aléatoires. Tout se réduit à une question d'administration de preuve.

142. Tels sont les traits généraux du système admis par le Code sur la rescision de la vente pour cause de lésion. Les autres textes de la section (articles 1674 à 1685) ne contiennent que des dispositions relatives à la procédure.

Avant de les signaler, demandons-nous ce qu'il faut penser de cette théorie. La question est discutée de savoir si le Code n'a pas eu tort d'admettre la lésion comme cause de rescision en matière de ventes d'immeubles [1].

Certains auteurs [2] contestent la légitimité et l'utilité de

— Guillouard, *De la vente*, II, n° 697. Quelques-uns, toutefois, admettent le tempérament indiqué au texte : Baudry-Lacantinerie et Saignat, p. 609 à 612, — Laurent, XXIV, p. 420. — Quant à la jurisprudence, après avoir longtemps consacré cette manière de voir (Cass. 9 juillet 1855, Sir. 1856.I.888, — Lyon 10 juin 1875, Sir. 1876.II.119, — Caen 6 janvier 1879, D. P. 1880.II.176, Sir. 1879.II.184, — Pau 29 décembre 1886, D.P. 1887.II.194, Sir. 1888.II.107), elle tend à refuser d'une manière absolue l'action en rescision lorsque la vente présente un caractère aléatoire : trib. de Toulouse 7 mars 1887, D. P. 1891.I.305, — Bordeaux 19 février 1895, D. P. 1896.II.276 ; — *secus* : Orléans 14 février 1894, *Pandectes françaises périodiques*, 1895.II.161 (note de M. Chauveau).

1. Cpr. *Les contrats et les obligations*, p. 150.

2. Voy. Batbie, *Cours d'économie politique*, II, p. 187 et suiv., — *Révision du Code Napoléon*, mémoire lu à l'Académie des sciences morales et politiques en décembre 1865, dans les *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales*

la faveur accordée au vendeur ; ils voudraient que la vente fût replacée, à cet égard, sous le régime du droit commun.

143. L'argument le plus fort en ce sens est que les parties doivent savoir se protéger elles-mêmes contre les influences qui peuvent troubler leur esprit et altérer leur liberté, — qu'elles doivent, dès lors, être tenues de respecter les conventions librement passées, — et qu'il est toujours mauvais de permettre à un vendeur de venir, en obtenant la rescision, troubler la situation de l'acheteur, à plus forte raison la situation des personnes qui auraient ultérieurement acquis de l'acheteur la chose vendue.

D'une manière générale, ces obervations sont justes. Seulement les mêmes critiques peuvent être élevées à propos de toutes les actions au moyen desquelles une convention est attaquée pour une cause quelconque. Quand une personne, par exemple, demande la nullité d'une convention pour incapacité, ou bien pour erreur, dol ou violence, on pourrait aussi lui répondre : « Tant pis pour vous ; il fallait « savoir vous protéger vous-même, vous défendre contre les « entraînements de l'âge ou les erreurs de l'esprit. » On irait loin dans cette voie ; on pourrait aller jusqu'à oublier le rôle de la loi, qui est de protéger le faible contre le fort, l'homme crédule contre l'audacieux, l'homme droit contre l'escroc.

La question n'est pas là. Elle est de savoir s'il existe un motif pour admettre, en matière de vente et au profit du vendeur, une dérogation au droit commun.

Ce motif, il ne faut pas le chercher dans l'idée que l'égalité des équivalents serait de l'essence de la vente. L'égalité des équivalents n'est pas plus de l'essence de la vente que de tout autre contrat à titre onéreux. La seule chose qui soit spéciale à la vente, c'est que le vendeur est souvent déterminé à vendre par un mobile spécial : le besoin d'argent, les extrémités auxquelles conduit la nécessité de se procurer des ressources, la contrainte qu'impose une situation embarrassée. Dans aucun autre contrat, on ne retrouve ce mobile spécial. Or cette contrainte peut être telle qu'on doive la regarder comme une espèce de violence. Le dol n'est une cause de nullité que s'il émane de l'autre partie [1]; mais il

et politiques, 1866, p. 427, et dans la *Revue critique de droit*, 1866, p. 148. — Cpr. Acollas, *Manuel de droit civil*, II, p. 760.

1. *Les contrats et les obligations*, p. 78.

en est autrement de la violence, qui est une cause de nullité même quand elle a pour auteur un tiers[1]. La violence qui résulte des circonstances, de la situation embarrassée du propriétaire, ne doit-elle pas être prise en considération quand elle se traduit par une lésion considérable?

Toute la question se ramène à cela. La rescision pour cause de lésion, envisagée de la sorte, n'a rien de plus anormal que toute autre action en nullité.

144. Mais les auteurs auxquels nous avons fait allusion adressent au Code deux autres objections, qu'il est utile de connaître.

Première objection.

Ils contestent la notion même de la lésion. C'est une illusion, disent-ils, de croire qu'on n'obtient pas d'une chose ce qu'elle vaut. La valeur d'une chose n'est pas absolue, elle résulte de la loi de l'offre et de la demande; la notion du *verum pretium* est une notion vaine, une chose vaut le prix qu'on en trouve. Dès lors, l'admission de la rescision pour lésion est contraire aux principes économiques et constitue une méconnaissance de la loi de l'offre et de la demande.

De plus, il est injuste de permettre au vendeur de revenir sur le contrat qu'il a librement passé. Ainsi une révolution s'accomplit, les immeubles se déprécient; profitant de ces circonstances, j'achète un immeuble; puis des jours meilleurs reviennent et les immeubles reprennent leur valeur; le vendeur va venir demander contre moi la rescision de la vente. L'injustice n'est-elle pas criante ? Le propriétaire, cédant à la panique, trouve un acheteur qui consent à courir la chance de l'acquisition; puis, quand le danger sera passé, il lui sera loisible de revenir sur le contrat !

Cette objection repose sur une erreur de droit manifeste. L'hypothèse sur laquelle le raisonnement est fondé est absolument chimérique. On n'a pu l'imaginer qu'en oubliant l'article 1675 : « Pour savoir s'il y a lésion de plus de sept « douzièmes, il faut estimer l'immeuble suivant son état « et sa valeur au moment de la vente. » Il faut avoir égard à ce qu'était l'immeuble à ce moment et aux circonstances dans lesquelles la vente a été conclue. Si donc, depuis la

1. *Les contrats et les obligations*, p. 68 et 69.

vente, la valeur est devenue moindre des sept douzièmes, parce que le cours général des immeubles s'est raffermi, il n'y a pas lieu à rescision ; par contre, si, depuis la vente, la valeur de l'immeuble a cessé d'être inférieure aux sept douzièmes, parce que les cours ont baissé, la rescision reste possible. Rien n'est plus juste ; du moment qu'on attaque le contrat, il faut l'envisager tel qu'il a été passé eu égard aux circonstances dans lesquelles il a été conclu.

En définitive, loin d'être en opposition avec la loi de l'offre et de la demande, l'admission de la rescision est la consécration de cette loi. Sans doute, les choses n'ont pas d'autre valeur que celle qui résulte des cours établis par l'offre et la demande ; mais la règle n'est vraie que dans les circonstances normales, et il peut arriver qu'elle cesse de l'être dans certains cas particuliers : il se peut qu'un objet déterminé ait été vendu au-dessous du cours, et qu'il existe ainsi, eu égard à ce cours, une lésion de plus des sept douzièmes. Tel est précisément le cas que la loi prévoit. Prenant le cours tel que la loi de l'offre et de la demande l'établit à un moment donné, elle suppose qu'un vendeur, pressé d'argent, tombe entre les mains d'un acheteur avide d'exploiter cette situation, et elle vient à son secours. La loi intervient quand le jeu des offres et des demandes a été troublé trop gravement

Cela est si vrai que la rescision est écartée dans les ventes où la concurrence se rencontre : celles qui ne peuvent être faites que par autorité de justice (article 1684)[1].

Seconde objection.

Les adversaires de la rescision formulent une seconde objection. L'article 1674, disent-ils, fait double emploi avec les articles 1109 et suivants, aux termes desquels l'erreur, le dol et la violence sont des causes d'annulation des contrats. Le droit commun suffit, font-ils observer ; si l'acheteur a abusé de la situation du vendeur, celui-ci pourra recourir à l'action en nullité pour dol.

Il y a encore là une erreur. L'article 1116 n'autorise l'action en nullité pour dol qu'autant qu'il s'agit du dol *dans causam contractui*, ou dol principal ; on n'a jamais admis, et il y aurait grand danger à admettre l'action de dol quand il

1. *Suprà*, p. 92.

s'agit du dol incident, c'est-à-dire du dol qui a exercé influence non sur la conclusion du contrat, mais sur une clause de ce contrat[1]. Sans doute on pourrait l'admettre ; mais alors il n'y aurait plus de différence entre l'action en nullité ainsi comprise et l'action en rescision.

145. La conclusion s'impose. Le vendeur peut être poussé à vendre par un mobile qui est spécial au contrat de vente : les exigences d'une situation embarrassée. Si ces exigences l'ont égaré au point de lui faire vendre un immeuble pour une somme inférieure aux cinq douzièmes de sa valeur, telle qu'elle résulte du cours au moment de la vente, il est légitime de venir à son secours comme on vient au secours de celui qui est victime d'une erreur, d'un dol, d'une violence. L'intervention de la loi se justifie pleinement.

146. Terminons en faisant un relevé rapide des règles relatives à l'exercice de l'action en rescision.

Elles sont au nombre de quatre.

Première règle.

L'action en rescision est soumise à une prescription particulière, qui est de deux années à compter de la vente (article 1676 alinéa 1).

Plus exactement, il ne s'agit pas ici d'une prescription, mais d'un simple délai préfixe. Nous ne pouvons rappeler ici que d'un mot l'intérêt pratique de la distinction[2] : à la différence de la prescription, le délai préfixe ne comporte ni suspension, ni interruption, ni déchéance. C'est précisément ce que constate l'alinéa 2 de l'article 1676 : « Ce délai court « contre les femmes mariées, les absents, les mineurs et les « interdits. » L'alinéa 3 ajoute : « Il n'est pas suspendu pen« dant la durée du temps stipulé pour le pacte de rachat. »

1. *Les contrats et les obligations*, p. 80 et 81.

2. Voy. Aubry et Rau, 4e édition, VIII, p. 426 texte et note 9. — L'opinion soutenue au texte n'est point partagée par la généralité des auteurs, qui voient dans le délai accordé à l'acquéreur par l'article 1676 pour poursuivre la rescision une véritable prescription : Laurent, XXIV, nos 414 et 415, — Demante et Colmet de Santerre, VII, no 122 *bis* II, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, no 696.

La brièveté du délai s'explique par le caractère exceptionnel du droit accordé au vendeur, par la difficulté des preuves à fournir et par l'impossibilité qu'il y aurait à les administrer après un temps éloigné. L'action ne peut plus être exercée si l'immeuble a péri en entier par cas fortuit ; en effet, elle a pour objet la restitution de l'immeuble vendu et n'a plus de raison d'être quand la restitution est devenue impossible.

Deuxième règle.

L'action en rescision n'est recevable qu'autant que le vendeur produit des documents ou articule des faits rendant la lésion vraisemblable [1]. La preuve de la lésion doit être d'abord déclarée admissible, ensuite administrée. L'instance en rescision est de celles qui comportent nécessairement un jugement d'avant-dire droit : « La preuve de la lésion, dit l'arti« cle 1677, ne pourra être admise que par jugement, et dans « le cas seulement où les faits articulés seraient assez vrai« semblables et assez graves pour faire présumer la lésion. »

L'estimation des biens, à l'effet de comparer le prix convenu avec le *verum pretium*, est chose difficile. On ne doit y recourir que si la prétention du vendeur a manifestement un fondement sérieux. Le jugement qui admet la preuve de la lésion est un jugement interlocutoire [2] ; en effet, il préjuge le fond : le succès du demandeur n'est plus subordonné qu'à la preuve des faits.

Troisième règle.

Si l'action en rescision est déclarée admissible, le jugement interlocutoire qui l'admet ordonne l'estimation. Celle-ci ne peut être faite que par des experts, commis d'office ou choisis par les parties ; l'expertise est obligatoire (article 1678). Les articles 1678 à 1680 indiquent comment les experts sont désignés et de quelle façon ils doivent procéder. Bien qu'il y soit toujours question de trois experts, l'article 303 du Code de procédure permet de n'en désigner qu'un seul [3].

1. Voy. Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 416 et note 17, — Laurent, XXIV, p. 430, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 706 ; — Besançon 20 février 1895, D. P. 1895.II.486.

2. Voy. Dalloz, *Nouveau Code civil annoté* (1905), article 1677, n° 4, — et *Code de procédure civile annoté*, article 452, n°s 63 et suiv., 149, 166 et 167.

3. Voy. Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 708, — Guillouard, *De la vente*, II, n° 705.

Quatrième règle.

Si la lésion de plus des sept douzièmes est constatée, la vente est rescindée. L'acheteur est condamné à restituer l'immeuble, moyennant remboursement du prix par le vendeur.

De là résultent diverses conséquences.

1° L'action en rescision est immobilière. Ce que le vendeur réclame, c'est l'immeuble ; ce que l'acheteur doit, c'est l'immeuble ; par conséquent, en cas de perte de cet immeuble, l'acheteur se trouve libéré (article 1302) [1].

2° La rescision, faisant tomber la vente, l'efface d'une manière rétroactive, et entraîne la résolution de tous les droits consentis par l'acheteur. Cet inconvénient n'est pas spécial à l'action en rescision mais commun à toutes les actions en nullité ou en résolution [2]. Au surplus, le résultat n'a rien de bien dangereux, parce qu'il est rare que l'acheteur dont l'acquisition est rescindée pour cause de lésion soit de bonne foi.

Le règlement des droits en présence est très simple. L'acheteur doit : 1° rendre l'immeuble, — 2° indemniser le vendeur des dégradations commises, — 3° restituer les fruits à partir de la demande (article 1682 alinéa 2). Le vendeur doit restituer le prix avec les intérêts du jour de la demande, ou du jour du paiement si la chose n'a pas produit de fruits (article 1682 alinéa 3) ; en outre, il doit rembourser à l'acheteur les impenses nécessaires que celui-ci aurait faites, mais non les frais d'actes et autres frais accessoires qu'il aurait payés (article 1593).

Voilà comment se fait le règlement des droits respectifs des parties. Toutefois une faculté est offerte à l'acheteur. A titre principal, il doit l'immeuble ; mais l'article 1681 alinéa 1 lui reconnaît la faculté de se libérer autrement : « Dans le cas « où l'action en rescision est admise, l'acheteur a le choix ou « de rendre la chose en retirant le prix qu'il en a payé, ou de « garder le fonds en payant le supplément du juste prix, sous « la déduction du dixième du prix total. »

L'article 1682 alinéa 1 ajoute : « Si l'acquéreur préfère « garder la chose en fournissant le supplément réglé par « l'article précédent, il doit l'intérêt du supplément, du jour « de la demande en rescision. »

1. *Les contrats et les obligations*, p. 546 et suiv.
2. *Suprà*, n° 143.

On peut s'étonner que l'article 1681 autorise la déduction du dixième du prix total. En effet, l'acheteur est censé avoir abusé de la situation du vendeur ; pourquoi, dès lors, lui faire un avantage ?

La faveur accordée s'explique par deux motifs. D'abord, il ne faut pas priver l'acheteur de tout bénéfice ; il est légitime de sa part d'en espérer un. En second lieu, la rescision est dangereuse, car elle entraîne résolution ; dès lors, il est bon d'intéresser l'acheteur au maintien de la vente.

Ajoutons que les tiers contre lesquels la rescision réfléchirait peuvent user du bénéfice accordé à l'acheteur et arrêter de la sorte les effets de la rescision (articles 1166 et 1681 alinéa 2).

147. Voilà un premier aspect de la question posée : celle de savoir dans quelle mesure le prix convenu doit, pour que la vente se forme et subsiste, représenter la valeur de la chose vendue. En matière immobilière, la lésion de plus des sept douzièmes autorise la rescision au profit du vendeur.

Second aspect de la question.

148. En dehors des cas où la lésion est une cause de rescision de la vente, l'insuffisance du prix peut-elle vicier la vente et autoriser une action tendant à la faire tomber ?

La question se pose pour les ventes de meubles, auxquelles les articles 1674 et suivants sont étrangers. Elle se pose en matière de ventes immobilières, dans les cas où l'insuffisance du prix n'a pas les caractères nécessaires pour constituer la lésion et entraîner la rescision.

149. On admet généralement que l'insuffisance du prix peut vicier la vente en dehors des prévisions de l'article 1674. Il est vrai qu'on semble méconnaître ainsi l'article 1118 ; du moment que la lésion ne vicie les contrats que par exception, elle ne devrait être admise comme cause de rescision, en matière de vente, que dans les cas et sous les conditions prévus. On élude l'objection en faisant observer que l'insuffisance du prix, dans les cas où on la considère comme une cause de nullité, constitue non plus une lésion autorisant l'action en rescision, mais un vice relatif à l'objet et donnant ouverture à l'action en nullité. La distinction est un peu subtile et

sent le détour ; cependant la notion est exacte, si les applications qu'on en fait sont parfois contestables.

Voici comment on exprime d'ordinaire cette idée.

Le prix est un élément nécessaire de la vente (article 1583). Il ne suffit pas, pour la validité de la vente, qu'un prix quelconque ait été stipulé ; il faut, en outre, que le prix qui a été convenu soit sérieux. En dehors des cas exceptionnels où la lésion autorise la rescision, la vileté du prix, ou l'absence d'un prix sérieux, donne ouverture à l'action en nullité.

Or trois différences saillantes séparent, en cette matière, la rescision de la nullité.

1° La rescision pour lésion n'est admise que dans les ventes d'immeubles (article 1674). La nullité pour vileté du prix, pour absence d'un prix sérieux, l'est dans toutes les ventes, tant mobilières qu'immobilières.

2° L'action en rescision n'est accordée qu'au vendeur (articles 1674 et 1683). L'action en nullité pour vileté du prix appartient à l'acheteur comme au vendeur. La vente, n'ayant pas d'objet, ou, ce qui revient au même, n'ayant pas d'objet sérieux, manque d'un élément nécessaire ; elle est nulle au regard des deux parties, et l'une comme l'autre peut avoir intérêt à la faire tomber.

3° L'action en rescision n'est recevable que pendant deux ans (article 1676). L'action en nullité peut être exercée pendant dix ans ; et il s'agit non d'un simple délai, mais d'une prescription véritable.

150. Toutes ces règles sont incontestables au point de vue théorique. Seulement, que faut-il entendre par un prix sérieux ? Comment l'insuffisance du prix, en dehors de la lésion telle que l'article 1674 la conçoit, peut-elle constituer la vileté du prix ?

Le seul principe que l'on puisse poser à cet égard est le suivant : le prix est vil s'il présente avec la valeur de la chose une disproportion telle qu'on ne puisse le regarder raisonnablement comme l'équivalent de cette chose, en un mot s'il est dérisoire.

Donnons des exemples.

1° L'hypothèse classique est celle d'un immeuble, ayant peut-être une véritable importance, qui est vendu *nummo uno*.

2° Un immeuble est vendu pour une partie des fruits qu'il produit [1].

3° Un meuble ou un immeuble est vendu moyennant une rente viagère, dont les arrérages sont inférieurs ou même égaux aux revenus de ce meuble ou de cet immeuble. Par exemple c'est un immeuble ; il est loué cinq mille francs, et le propriétaire le vend pour quatre ou cinq mille francs de rente viagère [2].

Dans ces divers cas, il a été jugé que le prix n'est pas sérieux, qu'il est purement apparent, et que, dès lors, la vente est nulle [3]. La loi ne le dit pas, il est vrai ; mais il n'était ni nécessaire ni utile de le dire, car cela va de soi.

151. Cependant la solution n'est pas toujours exempte de difficultés.

Le prix dérisoire peut n'être qu'un prix fictif. Alors la vente est une donation et vaut comme telle, pour le tout si le prix est fictif, pour le surplus si le prix est seulement insuffisant. La jurisprudence, nous l'avons indiqué déjà [4], admet sans conteste la validité des donations déguisées.

Cela étant, peut-on supposer un prix dérisoire, en dehors du cas où les parties ont entendu faire une donation, sans ajouter que le contrat est l'œuvre d'insensés, tout au moins de personnes n'ayant jamais eu l'intention d'agir sérieusement et par conséquent de se lier, de sorte que le contrat serait nul faute de consentement ?

Il ne faut rien exagérer à cet égard. Spécialement dans le cas de vente d'un immeuble moyennant une rente viagère dont les arrérages sont inférieurs aux revenus, la convention peut être sérieuse [5]. Des raisons particulières ont pu déter-

1. Cpr. *suprà*, p. 94.
2. *Ibid.*
3. Aubry et Rau, 4e édition, IV, § 349, note 26, — Laurent, XXIV, p. 93 et suiv., — Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 14 *bis* III ; — Limoges 5 mai 1880, Sir. 1881.II.148, — Cass. 26 avril 1893, D. P. 1893.I.359, — 28 octobre 1895, D. P. 1896.I.36.
4. Voy. *suprà*, p. 91.
5. Cass. 9 juillet 1879, Sir. 1881.I.205, — 11 juillet 1888, D. P. 1889.I.479, — 29 mai 1889, D. P. 1889.I.369. — Toutefois, s'il est vrai qu'une vente, déclarée nulle pour vileté du prix, puisse être validée comme donation déguisée, encore faut-il qu'elle réunisse les éléments constitutifs de l'acte à titre onéreux dont elle emprunte la forme : Riom 12 janvier 1891, D. P. 1892.II.25. Cette condition est toujours nécessaire. La Cour de cassation a très justement décidé qu'un acte de vente dans lequel il n'a été stipulé qu'un prix dérisoire est nul tout à la fois comme vente et comme donation déguisée, parce que la sti-

miner le vendeur à se contenter d'un prix aussi minime ; dès qu'il l'a fait en connaissance de cause, il existe une convention complexe : vente dans une mesure, donation pour le surplus. Et alors, sous prétexte de prix dérisoire, a-t-on le droit d'étendre la rescision pour lésion en dehors des cas spécifiés par le Code ?

En théorie pure, la notion est exacte. Mais il est douteux qu'elle puisse être érigée en règle pratique ; en tout cas, elle risque certainement d'étendre les effets de la lésion en matière de vente au delà des prévisions de la loi.

SECTION IV. — **La cause.**

152. En ce qui concerne la cause, il n'y a rien de spécial à signaler en matière de vente. La notion de la cause reste, dans la vente, ce qu'elle est dans les conventions en général ; les règles établies au titre *Des obligations* sont toutes et exclusivement applicables (articles 1131 à 1133) [1].

Observons seulement que la distinction entre la cause proprement dite et les motifs occasionnels apparaît dans la vente mieux que dans tout autre contrat [2]. C'est dans la convention même, dans ses éléments constitutifs, qu'il faut chercher les conditions nécessaires à sa validité, par conséquent la cause, non dans les mobiles qui portent les parties à conclure la convention et qui sont les motifs occasionnels. Dès lors, l'usage que l'acheteur se propose de faire de la chose qu'il acquiert et l'usage auquel le vendeur destine le prix qui lui sera payé ne doivent pas être considérés comme les causes de la vente.

Bien souvent l'on s'y trompe. On pourrait citer plus d'un jugement [3] énonçant qu'un achat est nul, comme ayant une cause illicite, parce que la chose a été acquise pour être affectée à un usage illicite. C'est là une erreur certaine. La cause,

pulation d'un prix, et d'un prix sérieux, est un élément essentiel de tout contrat à titre onéreux ; une telle convention ne peut constituer qu'une donation entre vifs, et, dès lors, elle est soumise aux règles ordinaires des actes de cette nature : Cass. 26 avril 1893, D. P. 1893.I.359, — 3 novembre 1896, D. P. 1897.I.584, — Nancy 29 mai 1895, D. P. 1895.II.551.

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 110 et suiv.

2. *Ibid.*, p. 114 et suiv.

3. Voy. par exemple trib. de la Seine 1er février 1878, D. P. 1879.II.226, et l'observation présentée à la note, p. 229, colonne 1.

dans le contrat, est indépendante du but indirect, variable, le plus souvent secret, en tout cas absolument individuel, que les parties se proposent en contractant ; elle est dans les éléments juridiques du contrat.

Dans la vente de même que dans tous les contrats synallagmatiques, la notion de la cause se confond avec celle de l'objet, en ce sens que ce qui constitue l'objet d'une obligation est précisément ce qui forme la cause de l'autre[1]. Si le vendeur s'oblige à livrer la chose, c'est pour avoir le prix ; la cause de son obligation est le prix promis, ou mieux l'engagement que prend l'acheteur de payer le prix. Si l'acheteur s'oblige à payer le prix, c'est pour avoir la chose ; la cause de son obligation est la chose vendue, ou mieux l'engagement que prend le vendeur de livrer la chose. Dès lors, si la vente est valable quant à son objet, elle l'est par là même quant à sa cause ; réciproquement, si elle est nulle eu égard à son objet, on peut l'attaquer également pour défaut de cause.

SECTION V. — **Certaines formalités d'actes.**

153. Nous avons achevé d'étudier, dans leur application particulière à la vente, les quatre conditions que l'article 1108 déclare nécessaires à la validité des conventions : le consentement, la capacité, l'objet et la cause[2]. Il faut en ajouter une cinquième, dont l'article 1108 ne parle pas et dont il reste à dire un mot : certaines formalités d'actes sont parfois nécessaires[3].

Ici encore, rien de spécial, relativement à la vente, en dehors des données du droit commun.

154. La vente, qu'elle ait pour objet un meuble ou un immeuble, est, nous l'avons dit[4], un contrat consensuel. Elle est parfaite « dès qu'on est convenu de la chose et du « prix », dit l'article 1583.

Nous avons ajouté que la loi du 23 mars 1855 confirme ce point de vue quand elle soumet à la formalité de la transcription les jugements déclarant l'existence de conventions verbales translatives de propriété immobilière ou de droits

1. *Les contrats et les obligations*, p. 120 et suiv. — Cpr. *suprà*, n° 119.
2. *Ibid.*, p. 33 et suiv.
3. *Ibid.*, p. 138.
4. *Suprà*, p. 7.

réels immobiliers. Cela prouve que le contrat n'exige, en principe, aucune formalité d'acte, en d'autres termes qu'il est consensuel.

155. Il y a cependant quelques exceptions à cette règle.

Les unes résultent de la loi. Par exemple, l'article 195 du Code de commerce dispose que la vente volontaire d'un navire doit être faite par écrit. Contentons-nous de signaler ce texte en passant ; ce n'est point ici le lieu d'en déterminer la portée exacte et de rechercher s'il imprime à la vente des navires le caractère d'un acte solennel [1].

Les autres résultent de la volonté des parties. Il peut être convenu entre le vendeur et l'acheteur que la vente, bien qu'il y ait accord conclu sur la chose et sur le prix, ne sera réalisée que par la passation d'un acte. Cette clause est d'un emploi fréquent dans la pratique ; elle n'a rien d'illicite et lie, par conséquent, les parties (article 1134) [2].

Quels en sont au juste la portée et l'effet ? C'est une question d'interprétation de volonté, dès lors une question d'espèce. Les juges ont, à cet égard, un pouvoir discrétionnaire.

Quelquefois, la clause doit être entendue en ce sens qu'il n'y aura pas vente tant qu'il n'y aura pas d'écrit. Il en est ainsi quand il apparaît que les parties ont entendu qu'il y ait seulement un projet, ne les liant pas encore, jusqu'à la passation de l'acte.

D'autres fois, la clause doit être entendue en ce sens que les parties, tout en regardant l'affaire comme conclue, se sont obligées, pour en assurer la stabilité, à rédiger un acte. Dans ce cas, même avant la passation de l'acte, la vente existe et produit ses effets ; les parties sont seulement tenues d'une obligation de faire, dont l'exécution pourra se poursuivre dans les termes du droit commun [3].

156. Mais ces cas sont exceptionnels. En principe, la vente est un contrat consensuel ; l'écrit, s'il en est rédigé un, n'intervient que comme moyen de preuve, non comme condition de validité du contrat ; dès lors, à défaut d'écrit, soit qu'il n'en ait pas été rédigé, soit que celui qui a été rédigé ait été

1. *Les contrats et les obligations*, p. 142 et suiv.
2. *Ibid.*, p. 143 et suiv.
3. *Ibid.*, p. 260 et suiv.

perdu, il y peut être suppléé par toute autre preuve de droit commun.

L'article 1582 alinéa 2 pourrait donner à croire qu'il en est autrement : la vente, dit-il, « peut être faite par acte authen- « tique ou sous seing privé », ce qui paraît indiquer qu'il faut nécessairement un acte de l'une ou de l'autre espèce. Mais tel n'est pas le sens que les rédacteurs du texte ont voulu lui donner. Il n'a d'autre but que de supprimer un usage observé jadis dans quelques ressorts de Parlements, d'après lequel l'acte authentique était seul admis en matière de vente d'immeubles ; il signifie que l'acte sous seing privé peut être employé désormais dans tous les cas, et il n'a pas pour effet de transformer la vente en un contrat où l'écrit est exigé *ad solemnitatem*.

CHAPITRE III

DES EFFETS DE LA VENTE

157. Ils sont relatés dans les chapitres IV et V du titre *De la vente* (articles 1602 à 1649, 1650 à 1657). Le premier s'occupe *Des obligations du vendeur*, le second *Des obligations de l'acheteur*.

La plupart des règles que nous allons rencontrer dans ces deux chapitres ne sont que le développement de notions déjà énoncées. Les unes tiennent aux caractères propres du contrat de vente, que nous avons déterminés au début[1]. Les autres sont communes à tous les contrats translatifs et résultent du droit commun[2].

Nous allons les grouper, afin de présenter le sujet dans son ensemble. Mais nous ne ferons qu'indiquer les règles déjà connues et nous insisterons seulement sur les autres.

SECTION I. — Exposé général des effets de la vente.

158. La vente produit trois effets.

Premier effet.

159. Elle entraîne transmission de la chose vendue au profit de l'acheteur : transmission de la propriété ou d'un autre droit quelconque, selon l'objet de la convention.

Cet effet est le plus manifeste ; c'est celui que l'article 1583 signale dans la définition de la vente[3]. Le plus souvent, la vente réalise elle-même cette transmission ; exceptionnellement, elle impose au vendeur l'obligation de la réaliser, suivant les distinctions précédemment faites[4].

1. *Suprà*, p. 6 et suiv.
2. *Les contrats et les obligations*, p. 185 et suiv.
3. *Suprà*, p. 6.
4. *Suprà*, p. 15 et suiv. — Cpr. *Les contrats et les obligations*, p. 187 et suiv.

160. Ainsi, le premier effet de la vente est d'entraîner transmission de la chose vendue au profit de l'acheteur.

Toutefois, cette formule doit être complétée par trois observations, qui ne sont elles-mêmes que des applications du droit commun. La première concerne les ventes qui ont pour objet un meuble corporel, la seconde celles qui ont pour objet un immeuble, la troisième celles qui ont pour objet un meuble incorporel, c'est-à-dire une créance.

Première observation.

Lorsque la chose vendue est un meuble corporel, l'article 1141 semble apporter au principe de la transmission de la propriété par l'effet de la vente une exception notable [1]. Cet article suppose qu'une chose mobilière corporelle a été successivement vendue à deux personnes. Quelle est celle des deux qui est préférée à l'autre et qui reste propriétaire ?

La première, est-on porté à dire. En effet, si la première vente a rendu l'acheteur propriétaire, le vendeur n'était plus propriétaire lors de la seconde. Or, aux termes de l'article 1599, « la vente de la chose d'autrui est nulle ». Cependant l'article 1141 préfère celui des deux acheteurs qui a été mis le premier en possession de la chose. Il en reste propriétaire, dit l'article 1141, « pourvu toutefois que la possession « soit de, bonne foi », c'est-à-dire pourvu que le possesseur ait ignoré la vente précédemment consentie au profit d'une autre personne. N'est-ce pas dire que la propriété d'une chose mobilière n'est pas transférée par le seul fait de la vente, mais seulement par la tradition ?

Nous avons examiné la question sous l'article 1141. Nous avons dit que cet article n'apporte aucune modification à l'article 1583 et ne fait que consacrer une application de l'article 2279. Après la première vente, le vendeur a bien cessé d'être propriétaire, et par conséquent l'acheteur l'est devenu avec toutes les conséquences qui en résultent ; lors de la seconde vente, le vendeur a donc vendu la chose d'autrui. Mais la vente de la chose d'autrui, bien que l'article 1599 la déclare nulle, est efficace en ce sens qu'elle peut constituer un juste titre au point de vue de la prescription [2]. Or l'arti-

1. *Les contrats et les obligations*, p. 195 et 196.
2. *Suprà*, n° 111.

cle 2279 édicte une prescription instantanée ; si donc le second acheteur, mis en possession, reste propriétaire, cela ne tient pas à ce que le premier ne l'est pas devenu ; il est propriétaire non pas en vertu de la vente, mais en vertu de la prescription. Aussi faut-il qu'il ait été de bonne foi [1].

La règle formulée par l'article 1141 ne fait donc pas échec à l'article 1583.

Deuxième observation.

La loi du 23 mars 1855, quand la vente a pour objet un immeuble, a gravement modifié le principe de la transmission par le seul effet du contrat. La vente transfère toujours par elle-même soit la propriété, soit le droit quelconque qu'elle a pour objet, dans les rapports du vendeur et de l'acheteur ; mais, à l'égard des tiers, l'acheteur ne devient propriétaire que par la transcription de son titre d'acquisition et à partir de l'accomplissement de cette formalité.

L'article 1583 fait pressentir cette règle à l'égard du vendeur. Les articles 1, 2 et 3 de la loi de 1855 la consacrent explicitement : jusqu'à la transcription, la vente ne peut être opposée aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont régulièrement conservés.

Comment se fait-il que l'article 1583, rédigé en 1804, soit en si parfaite harmonie avec une loi qui n'a été promulguée que cinquante ans plus tard ? Nous avons eu l'occasion de l'indiquer précédemment [2]. Cela tient à l'incertitude dans laquelle les rédacteurs du Code sont restés longtemps sur le point de savoir s'ils maintiendraient la théorie de la transcription, conformément à la loi de brumaire an VII. A l'article 1140, ils ont réservé formellement la question ; à l'article 1583, ils ont consacré la règle d'après laquelle la vente opère transmission à l'égard du vendeur, et réservé la question de savoir quel en est l'effet à l'égard des tiers. Finalement, le système de la loi de brumaire a été abandonné ; de sorte que les réserves faites sont devenues sans objet. L'article 1583, notamment, s'est trouvé avoir eu tort de dire que la vente est parfaite « entre les parties » par le seul effet de l'accord des volontés ; il aurait fallu dire : *erga omnes*.

1. Trib. de la Seine 25 mai 1883, *La Loi* du 30 juin. — Cass. 1er février 1893, D. P. 1894.I.278.
2. Voy. *Les contrats et les obligations*, nos 356 et suiv., p. 206 et suiv.

Il résulte de là quelques discordances entre les articles du Code de 1804, discordances qui ont disparu depuis que la loi de 1855 a fait revivre la loi de brumaire[1]. Désormais, les effets de la vente ne se produisent pas de la même manière dans les rapports du vendeur avec l'acheteur que dans les rapports de l'acheteur avec les tiers.

La question, dès lors, est importante de savoir ce qu'il faut entendre ici par tiers ; et aussi celle de savoir en quel sens l'acheteur, propriétaire à l'égard du vendeur, ne l'est au regard des tiers que par la transcription et à la date de la transcription. Ces deux questions ont été examinées sous l'article 1140 [2]; elles n'ont rien de spécial à la vente et se posent à l'occasion de toute convention translative de propriété ou de droits réels immobiliers.

Troisième observation.

Elle a trait aux cessions de créances. L'article 1690 consacre un système analogue à celui que nous venons de signaler. Il établit une distinction entre les effets de la cession quant aux parties, et les effets de la cession dans les rapports de l'acheteur avec les tiers. Nous retrouverons cet article un peu plus tard [3].

Deuxième effet.

161. La vente met la chose vendue aux risques de l'acheteur.

L'article 1583, qui contient la formule générale des effets de la vente, n'exprime pas ce principe. Mais l'article 1138 le pose pour les contrats translatifs en général [4], et l'article 1624 déclare l'article 1138 applicable en matière de vente. En outre, plusieurs articles du titre *De la vente* supposent cette application. spécialement l'article 1585.

Même, il résulte de l'article 1585 que la mise de la chose aux risques de l'acheteur se lie, dans le droit moderne, au transfert de la propriété [5].

Dès lors, dans les ventes qui réalisent par elles-mêmes ce

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, n° 359, p. 208.
2. *Ibid.*, p. 210 et suiv.
3. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 202.
4. *Les contrats et les obligations*, p. 239 et suiv., spécialement p. 240 et suiv.
5. *Suprà*, p. 15 et suiv.

transfert, autrement dit dans les ventes qui ont pour objet un corps certain, la mise de la chose aux risques de l'acheteur est immédiate. Une application importante de cette idée est consacrée par l'article 100 du Code de commerce, aux termes duquel la marchandise en cours d'expédition voyage aux risques du destinataire.

Quant aux ventes qui imposent seulement au vendeur l'obligation de réaliser ultérieurement le transfert de propriété, la mise aux risques de l'acheteur n'a lieu qu'à partir du fait d'où résulte le transfert, autrement dit à partir de la livraison. C'est ce que veut dire l'article 100 du Code de commerce, quand il met aux risques du destinataire la marchandise « sortie du magasin du vendeur », car la livraison résulte de la sortie du magasin. Dans les ventes conditionnelles, la chose demeure aux risques du débiteur jusqu'à l'événement de la condition (article 1182). De même, les articles 1587 et 1588, relatifs aux ventes à l'essai, subordonnent le transfert de propriété à l'accomplissement de l'épreuve.

Troisième effet.

162. La vente crée des obligations à la charge de chacune des deux parties.

I. Obligations du vendeur.

163. Elles sont au nombre de trois. La dernière seule mérite une étude approfondie.

Première obligation.

164. Le vendeur est tenu de veiller, jusqu'à la livraison, à la conservation de la chose vendue. Pareille obligation découle de toutes les conventions de donner (articles 1136 et 1137)[1]. En conséquence, la théorie des fautes trouve ici son application ; elle fixe le degré de soin, le degré de responsabilité qu'impose cette obligation de veiller à la conservation de la chose.

Deuxième obligation.

165. Le vendeur doit effectuer la délivrance.

C'est encore une obligation commune à toutes les conven-

1. *Les contrats et les obligations*, p. 232 et suiv.

tions translatives (articles 1136 et 1137)[1]. D'où cette conséquence déjà signalée[2] que l'acheteur est en même temps propriétaire de la chose et créancier de la délivrance, ce qui fait que la matière est mixte au point de vue de la procédure.

Cette obligation, qui résulte du droit commun, est rappelée spécialement par l'article 1603. Puis les articles 1604 à 1623 énoncent diverses règles de détail relatives à la délivrance et à la manière de l'effectuer.

166. Ces vingt articles, qui ne nous retiendront pas, déterminent successivement quatre points.

I. ILS DÉTERMINENT EN QUOI CONSISTE LA DÉLIVRANCE.

L'article 1604 la définit : « le transport de la chose vendue « en la puissance et possession de l'acheteur. » La délivrance n'est donc pas l'ancienne tradition intervenant pour accomplir la transmission de la propriété, car le plus souvent la propriété a passé préalablement sur la tête de l'acheteur ; c'est une mise en jouissance. Quelquefois cependant, quand la vente a porté sur une chose indéterminée, la délivrance spécialise et individualise l'objet vendu ; alors l'obligation de délivrer se confond avec celle de transférer la propriété ; la délivrance se confond avec la tradition.

II. ILS INDIQUENT COMMENT LA DÉLIVRANCE S'EFFECTUE.

La manière d'effectuer la délivrance varie suivant l'objet de la vente.

S'agit-il d'un immeuble, la règle est inscrite dans l'article 1605 : « L'obligation de délivrer les immeubles est rem« plie de la part du vendeur lorsqu'il a remis les clefs, s'il « s'agit d'un bâtiment, ou lorsqu'il a remis les titres de pro« priété. »

S'agit-il d'un meuble, le texte à consulter est l'article 1606 : « La délivrance des effets mobiliers s'opère : ou par la tradi« tion réelle, ou par la remise des clefs des bâtiments qui les « contiennent..... » Cette énumération, d'ailleurs, n'est pas limitative ; il existe, au point de vue qui nous occupe, une grande variété d'hypothèses. Citons seulement un exemple : aux termes de l'article 4 de la loi du 11 juin 1858, la déli-

1. *Les contrats et les obligations*, p. 231.
2. *Ibid.*, p. 232. — Cpr. *suprà*, p. 16.

vrance d'une chose mobilière déposée dans un magasin général s'effectue par la remise du titre qui autorise à en prendre possession[1].

Enfin s'agit-il d'un droit autre que la propriété, autrement dit d'un droit incorporel, la tradition, dit l'article 1607, « se « fait ou par la remise des titres, ou par l'usage que l'acqué- « reur en fait du consentement du vendeur ». C'est ce qu'on appelait jadis la quasi-tradition[2].

Quelquefois la délivrance, soit des meubles, soit des immeubles, se réalise par le seul consentement des parties. Il en est ainsi dans différents cas, qui sont prévus par l'article 1606. D'abord, lorsque la chose vendue se trouve déjà en possession de l'acheteur à un autre titre ; c'est la tradition *brevi manu*. En second lieu, lorsque le vendeur se réserve la jouissance de la chose et s'en constitue débiteur pour le compte de l'acheteur ; c'est le constitut possessoire. Enfin lorsque l'enlèvement, dans la pensée des parties, ne doit pas être fait au moment de la vente, comme par exemple quand il s'agit de la vente d'une coupe de bois sur pied.

III. ILS DÉTERMINENT QUAND, OU ET AUX FRAIS DE QUI LA DÉLIVRANCE DOIT ÊTRE FAITE.

Premier point. — En principe, la délivrance doit être faite à l'époque convenue (articles 1610 et 1611). A défaut de terme fixé, elle doit avoir lieu immédiatement[3].

Toutefois, le vendeur peut se dispenser de livrer dans deux cas.

1° Il peut s'en dispenser aussi longtemps que l'acheteur n'a pas payé le prix, à moins qu'il ne lui ait consenti un délai pour payer. Le vendeur possède, en effet, le droit de rétention (article 1612), droit dont nous avons parlé à propos du titre *Des privilèges et hypothèques*, car le droit de rétention est une sûreté réelle[4].

La règle d'après laquelle le droit de rétention est accordé au vendeur est ancienne. En droit romain, le vendeur restait

1. Voy. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 2e édition, III, nos 107 et 343, — Thaller, *Traité élémentaire*, 3e édition, n° 1578.
2. *Les contrats et les obligations*, p. 191.
3. Cpr. *ibid.*, n° 789, p. 484.
4. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 174, 189, 208 et suiv., 390, — tome II, p. 7.

propriétaire jusqu'après le paiement du prix [1]. Dans le droit actuel, il est simplement autorisé à retarder la délivrance jusqu'au paiement ; en d'autres termes, c'est à l'acheteur de commencer. Voilà le point de vue légal.

Le motif est que le vendeur s'exposerait, en s'exécutant le premier, à un risque que ne court pas l'acheteur.

Supposons, en effet, que le vendeur livre avant d'être payé ; il reste créancier du prix, exposé, comme tel, à subir le concours des autres créanciers de l'acheteur. La loi lui accorde, il est vrai, quelques sûretés : la revendication, le privilège (articles 2102 et 2103) [2] ; mais ces sûretés ne sont pas toujours efficaces ; le vendeur est mieux garanti en ne livrant pas.

A l'inverse, l'acheteur paie sans avoir reçu la délivrance. Il reste créancier de la délivrance ; mais il demeure, en même temps propriétaire de la chose. Il ne court donc aucun risque en cas d'insolvabilité, car il a droit à la distraction.

De deux personnes tenues d'obligations réciproques, celle-là doit s'exécuter la première qui court le moins de risques, ce qui est le cas de l'acheteur dans la vente. De là l'article 1612.

2° Le vendeur peut se dispenser de livrer la chose vendue si l'acheteur, depuis la vente, est tombé en faillite ou en déconfiture (article 1613). Il est trop certain, dans ce cas, que le vendeur ne sera pas payé de son prix ou ne le touchera qu'en partie.

Deuxième point. — Aux termes de l'article 1609, « la délivrance doit se faire au lieu où était, au temps de la vente, « la chose qui en a fait l'objet, s'il n'en a été autrement convenu » [3].

Troisième point. — Aux frais de qui doit-elle être faite ? L'article 1608 met les frais de la délivrance à la charge du vendeur, car ils correspondent à son obligation de livrer ; et ces frais sont ceux de mesurage, de pesage de comptage. Quant aux frais de l'enlèvement, le même article les met à la charge de l'acheteur, car ils correspondent à son obligation de recevoir : frais d'emballage, de chargement, de transport. Le tout, ajoute le texte, « s'il n'y a eu stipulation contraire » [4].

1. Instit., § 41, livre II, titre I. — Cpr. *suprà*, p. 15.
2. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 190 et suiv., — tome II, p. 6 et suiv.
3. Cpr. *Les contrats et les obligations*, n° 788, p. 483.
4. Cpr. *ibid.*, n° 790, p. 484.

IV. ILS INDIQUENT DANS QUEL ÉTAT LA CHOSE VENDUE DOIT ÊTRE DELIVRÉE.

A cet ordre d'idées ont trait les articles 1614 à 1623, qui ne font que développer, en les appliquant à la vente, les dispositions des articles 1245 et 1246 [1]. Il y a là toute une série de dispositions de détail visant des espèces, et précisant, à propos de chacune d'elles, les obligations et les droits des parties.

Deux cas sont à distinguer.

1° Si la vente a pour objet une chose déterminée seulement quant à son espèce, un objet certain, l'article 1246 reste applicable : le vendeur ne sera pas tenu de fournir un objet de la meilleure espèce, sans pouvoir néanmoins l'offrir de la plus mauvaise. C'est ce qu'on exprime dans le langage du commerce en disant que la chose doit être loyale et marchande.

2° Si la vente a pour objet un corps certain, trois propositions résument les règles à appliquer.

Première proposition.

En principe, la chose doit être livrée dans l'état où elle était lors de la vente, et, à moins de clause contraire, avec les fruits à compter de ce jour (article 1614). Le vendeur ne répond pas des détériorations survenues depuis par cas fortuit, car les risques sont à la charge de l'acheteur depuis le jour de la vente (article 1138). Il répond des détériorations survenues par sa faute, car il est tenu de veiller à la conservation (article 1245).

Deuxième proposition.

Le vendeur doit livrer, avec la chose, tous les accessoires de la chose, tous les droits qu'il possède à propos de cette chose (article 1615).

Cela comprend, d'abord, les titres de propriété, le contrat d'assurance, les clefs, etc.

Cela comprend, en outre, tout ce qui est un accessoire ou une dépendance de la chose. Ainsi, quand il s'agit d'un office, le cessionnaire a droit, en dehors de toute stipulation, à la remise immédiate des dossiers, des répertoires [2]. Quand

1. *Les contrats et les obligations*, p. 101 et 548.
2. Cass. 3 janvier 1881, D. P. 1881.I.155, Sir. 1881.I.255, — Paris 27 janvier

il s'agit d'un immeuble, il est indispensable, au point de vue de la délivrance, de déterminer avec netteté quels sont les immeubles par destination qui se rattachent à l'immeuble vendu ; l'article 1615 dit que « l'obligation de délivrer la « chose comprend...tout ce qui a été destiné à son usage per« pétuel », et cela constitue manifestement un renvoi à l'article 524, aux termes duquel « les objets que le propriétaire « d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce « fonds sont immeubles par destination ».

Rien n'est plus simple en principe que ces diverses règles. Mais les difficultés sont fréquentes en pratique. Pour les résoudre, il faut combiner l'article 1156, aux termes duquel on doit s'attacher plutôt à l'esprit qu'au sens littéral des conventions, avec l'article 1602, d'après lequel tout pacte obscur doit s'interpréter contre le vendeur.

Troisième proposition.

Le vendeur doit délivrer la contenance indiquée (article 1616). L'acheteur est en droit d'exiger tout ou rien, à moins que la clause « sans garantie de contenance » n'ait été insérée, ou qu'on ne se trouve en matière commerciale, auquel cas l'usage tolère ce qu'on appelle la tare (loi du 13 juin 1866, sur les usages commerciaux) [1].

Toutefois, une exactitude absolue n'est pas toujours de rigueur, spécialement quand il s'agit d'immeubles. A cet égard, quatre hypothèses doivent être distinguées.

1° *Primus* a vendu l'immeuble A tel qu'il se comporte, pour un prix fixé. L'immeuble a été vendu sans égard à sa contenance ; il n'y a pas d'écart possible entre la contenance réelle et la contenance déclarée.

2° *Primus* a vendu tel immeuble à tant l'hectare, sans indication ni de la contenance, ni du prix total. Le prix résultera du mesurage, et aucune difficulté n'est possible ; la contenance sera révélée par le mesurage et le prix déterminé en conséquence.

3° *Primus* vend tel immeuble, à raison de tant la mesure, en indiquant à l'avance la contenance et le prix. Il vend tel

1893, D. P. 1893.II.232, — deux jugements du tribunal civil de Grenoble du 28 décembre 1892, un autre du 5 janvier 1894, et un arrêt de la Cour de Grenoble du 30 juillet 1895, dans *Journal* de cette Cour, 1896.I.122.

1. Voy. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 2e édition, III, p. 92.

domaine de cinquante hectares, moyennant cent mille francs, à raison de deux mille francs l'hectare. Les cent mille francs représentant les cinquante hectares, ceux-ci doivent y être : tout déficit, tout excédent, si peu considérable qu'il soit, donne lieu à une diminution ou à une augmentation proportionnelle du prix, ou à un désistement, au gré des parties (articles 1617 et 1618). A moins cependant que la clause « sans garantie de contenance » n'ait été exprimée, auquel cas l'acheteur doit prendre livraison dans tous les cas, sauf à modifier le prix.

Les règles formulées par les articles 1617 et 1618 comportent deux restrictions, qui résultent l'une de l'article 1622, l'autre de l'article 1623. Ces deux articles sont simples et n'exigent aucun commentaire.

4° *Primus* vend un immeuble déterminé, dont la contenance est indiquée, et moyennant un prix total fixé par le contrat. Il vend tel domaine, d'une contenance de cinquante hectares, moyennant cent mille francs ; la mesure n'est pas donnée ici comme élément de fixation du prix, mais comme moyen de vérification. Alors on ne peut pas exiger une exactitude absolue, puisqu'on a fixé le chiffre en bloc sans spécifier le prix de la mesure, les parties attachant évidemment moins d'importance à la mesure exacte qu'à l'ensemble.

Du reste, en aucun cas, il n'y a lieu d'augmenter ou de diminuer le prix si la différence de contenance, en plus ou en moins, n'est pas égale à un vingtième au minimum (articles 1619 et 1620).

Ajoutons enfin que toutes ces règles peuvent être modifiées par des conventions particulières. Elles constituent des interprétations de volonté plutôt que des dispositions impératives.

Troisième obligation.

167. Le vendeur doit « garantir la chose qu'il vend », dit l'article 1603. L'article 1625 ajoute que cette garantie « a deux « objets : le premier est la possession paisible de la chose « vendue, — le second, les défauts cachés de cette chose, ou « les vices rédhibitoires ».

La garantie de la possession paisible et des vices rédhibitoires constitue la dernière obligation du vendeur. Nous ne

faisons ici qu'en signaler l'existence, nous réservant d'y insister plus tard à loisir.

II. Obligations de l'acheteur.

168. Elles sont au nombre de trois, et ne soulèvent aucune difficulté doctrinale.

Première obligation.

169. L'acheteur est tenu de prendre livraison de la chose vendue, autrement dit de la recevoir et de l'enlever.

L'article 1608 le suppose. Le vendeur, aux termes des articles 1603 et suivants, est tenu de livrer la chose ; en conséquence, les frais de la délivrance sont à sa charge, et nous savons [1] qu'ils comprennent, s'il y a lieu, les frais de mesurage, de pesage, de comptage, etc. L'acheteur, de son côté, est tenu de prendre livraison et d'enlever la chose vendue ; en conséquence, la loi met à sa charge les frais d'enlèvement ; et nous savons [2] qu'ils comprennent, s'il y a lieu, l'emballage, le chargement, le transport, etc. (article 1608). Le tout à moins de convention contraire, et sauf ce qu'impose l'usage en pareille matière.

Bien entendu, les règles qui précèdent s'appliquent seulement en partie aux ventes d'immeubles. L'acheteur d'un immeuble doit le recevoir, mais il ne saurait être question de l'enlèvement. Au contraire, dans les ventes de meubles, l'acheteur est tenu de recevoir la chose, puis de l'enlever.

170. A défaut d'un terme convenu ou réglé par l'usage, la réception et l'enlèvement doivent être effectués immédiatement après la vente, sauf le temps moralement nécessaire pour ces opérations. Si l'acheteur néglige ou refuse de recevoir ou d'enlever la chose, le vendeur doit le mettre en demeure au moyen d'une sommation (article 1139) [3] ; et il a droit à des dommages-intérêts pour le préjudice que lui cause le défaut de réception ou d'enlèvement. Puis il peut, suivant les circonstances, ou faire des offres réelles suivies de consignation et poursuivre le paiement du prix (article 1264) [4], ou bien demander la résolution (article 1184) [5].

1. *Suprà*, p. 115.
2. *Ibid.*
3. *Les contrats et les obligations*, p. 247.
4. *Ibid.*, p. 487.
5. *Ibid.*, p. 385 et suiv.

Quand la vente a pour objet une chose mobilière, la résolution faute d'enlèvement par l'acheteur n'a pas même besoin d'être demandée en justice et a lieu de plein droit. La résolution s'opère sans sommation préalable et à l'expiration du terme convenu pour le retirement (article 1657) ; d'où il résulte que le vendeur peut disposer à son gré de la chose vendue aussitôt après l'expiration du délai.

Le motif de cette règle est facile à apercevoir. Les meubles, et surtout les denrées, qui sont spécialement visées par l'article 1657, sont exposés à des détériorations rapides et ont souvent une valeur d'actualité. Si la disposition de l'article 1657 n'existait pas, il pourrait se faire que l'occasion de conclure un marché avantageux échappât au vendeur.

Sur l'article 1657, trois remarques doivent être faites.

1° Cet article vise spécialement le cas où il y a eu un délai convenu. Cependant, il est admis en général que la portée du texte n'est pas limitée aux seules ventes portant indication d'un terme pour la livraison ; il suffit qu'il soit constaté que l'acheteur était tenu de faire le retirement à date fixe ; c'est là ce que le texte prévoit quand il parle de l'expiration du terme. L'enlèvement doit donc avoir lieu immédiatement s'il n'y a pas de terme, à l'expiration du délai s'il y a eu stipulation d'un terme [1].

2° La résolution, telle que la règle l'article 1657, est prononcée dans le seul intérêt du vendeur, auquel il est toujours loisible, s'il le préfère, de poursuivre l'exécution du contrat (article 1184 alinéa 2).

3° L'article 1657 est général et paraît viser les ventes commerciales aussi bien que les ventes civiles [2]. Toutefois, le contraire résulte formellement de la discussion au Conseil d'Etat [3]. Il y a toujours grand danger à ne pas rédiger une loi telle qu'on entend qu'elle soit appliquée. En présence d'un texte général, que vaut une réserve formulée dans une discussion ?

1. Cass. 11 juillet 1882, D. P. 1883.I.304, Sir. 1882.I.472.

2. Cass. 6 juin 1848, D. P. 1848.I.219, Sir. 1849.I.65, — Bordeaux 18 novembre 1853, D. P. 1855.V.468, Sir. 1854.II.394, — Cass. 19 février 1873, D. P. 1873.I.301, Sir. 1873.I.273.

3. Locré, XIV, p. 60, n° 45, — Alauzet, *Revue de législation*, 1844, p. 331.

Deuxième obligation.

171. L'acheteur doit payer le prix (articles 1650 à 1656).

L'article 1650 signale cette obligation comme la principale. C'est effectivement celle à laquelle le vendeur tient le plus.

Les textes règlent, en ce qui la concerne, les trois points suivants : 1° où et quand le paiement doit être effectué, — 2° ce que comprend le paiement, — 3° quelles sont les suites du défaut de paiement.

I. *Où et quand doit être effectué le paiement ?*

172. Les articles 1650 et 1651 répondent à cette question [1].

Le paiement doit être fait au lieu et à l'époque déterminés par la convention (article 1650). Cela va de soi. A défaut de convention, il doit être fait au lieu et au moment où doit s'effectuer la délivrance (article 1651) [2].

De là deux conséquences.

1° Si le vendeur a stipulé un terme pour la délivrance, l'acheteur jouit du même terme pour le paiement. Les deux obligations sont corrélatives ; ce qui est réglé pour la première l'est également pour la seconde.

2° Le paiement s'effectue le plus souvent au domicile du vendeur, car c'est là que s'opère la délivrance (article 1609) ; le prix est donc portable et non quérable de sa nature. Si la vente a été faite avec terme pour l'acheteur seul, le prix est payable au domicile de l'acheteur (article 1247) ; il devient quérable par le vendeur.

Que décider si le vendeur, bien que la vente soit au comptant, n'a pas exigé le paiement immédiat du prix ? Renonce-t-il par là même au droit de recevoir plus tard ce paiement au lieu où il pouvait l'exiger à l'origine ? Non, en principe ; car toute renonciation doit être interprétée restrictivement. Mais il peut résulter des circonstances de la cause que les parties aient eu cette intention [3].

Il n'existe d'autres raisons de ces diverses règles qu'un usage qui s'est établi en ce sens et que la loi confirme.

173. Sauf le cas où un terme a été concédé à l'acheteur, les deux obligations de livrer la chose (obligation du vendeur)

1. Cpr. *Les contrats et les obligations*, p. 483 et suiv.
2. *Suprà*, n° 166.
3. Voy. Aubry et Rau, IV, p. 396, note 9, — et Laurent, XXIV, p. 312.

et de payer le prix (obligation de l'acheteur) doivent être exécutées en même temps et au même endroit. En cas de désaccord, quelle est celle des parties qui doit commencer? C'est à l'acheteur de s'exécuter le premier, nous l'avons dit ailleurs [1]. Le vendeur est en droit de refuser la délivrance jusqu'au paiement du prix ; cette prérogative s'appelle le droit de rétention, et nous avons indiqué comment elle est fondée en droit et en raison.

Elle est fondée en droit : « Le vendeur, dit l'article 1612, « n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paie « pas le prix. » Le vendeur a le droit de rester nanti jusqu'après paiement, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles. A moins qu'un délai n'ait été fixé pour le paiement, auquel cas il est implicitement convenu que le vendeur doit livrer avant d'être payé.

Elle est fondée en raison. Il est rationnel de contraindre à s'exécuter la première celle des deux parties qui ne court aucun risque à le faire.

Or l'acheteur est propriétaire. En supposant donc que le vendeur devienne insolvable, ou qu'il tombe en faillite, l'acheteur ne court aucun danger ; il viendra par préférence aux créanciers du vendeur. Cela résulte des principes généraux qui accordent préférence aux droits réels sur les droits personnels, puis des textes suivants : article 608 du Code de procédure en cas de saisie, articles 577 et 578 du Code de commerce en cas de faillite.

Au contraire, le vendeur n'est que créancier du prix. En supposant donc que l'acheteur devienne insolvable, ou qu'il tombe en faillite, le vendeur viendrait en concours avec les autres créanciers et risquerait de ne toucher qu'un dividende. Par suite, il courrait un risque à s'exécuter le premier, risque dont l'article 1612 le garantit.

Il est donc naturel que l'acheteur doive s'exécuter le premier.

174. Il existe cependant un cas dans lequel l'acheteur, indépendamment de toute convention, peut suspendre le paiement du prix, même quand le vendeur effectue ou a effectué la délivrance. Ce cas est prévu par l'article 1653 : « Si l'acheteur est troublé, ou a juste sujet de craindre d'être

1. *Suprà*, n° 166.

« troublé par une action, soit hypothécaire, soit en revendication, il peut suspendre le paiement du prix..... »

Le texte prévoit une double hypothèse. L'acheteur est autorisé à suspendre le paiement : 1° s'il y a commencement de trouble effectif, — 2° s'il a juste sujet de craindre un trouble futur. Les deux hypothèses sont assimilées par le texte. A quoi bon aller plus avant, dès qu'il y a juste sujet de craindre les complications?

175. L'appréciation des faits sur lesquels l'acheteur fonde la crainte du trouble est abandonnée à l'arbitrage des tribunaux. Voici quelques exemples.

1° Il est établi que le vendeur n'était pas propriétaire. L'acheteur peut demander immédiatement la nullité de la vente (article 1599) [1] ; à plus forte raison peut-il refuser de payer son prix.

2° Il en est de même lorsque de simples prétentions surgissent, pourvu toutefois qu'elles semblent fondées. Il ne faut pas aller plus loin avant que la situation s'éclaircisse.

3° On apprend qu'un précédent propriétaire, vendeur non payé, menace de demander la résolution de la vente. Ici encore, il serait imprudent de verser le prix tant que le sort du contrat reste en litige.

4° L'acheteur apprend l'existence d'inscriptions hypothécaires inconnues lors de la vente. Il a été jugé [2] que l'acheteur a juste sujet de craindre d'être troublé et peut suspendre le paiement de son prix, dès l'instant qu'il existe une inscription hypothécaire, alors même que cette inscription, prise par un créancier du précédent vendeur, est postérieure à la transcription du dernier contrat de vente et, par conséquent, dépourvue d'efficacité. L'acheteur n'a pas à se constituer juge de la valeur de l'inscription.

176. Cependant, l'acheteur n'a pas toujours le droit de différer son paiement. Il doit payer malgré le trouble, à plus forte raison malgré la crainte du trouble, dans trois cas.

1° S'il a été stipulé que, malgré le trouble, l'acheteur paiera (article 1653). C'est la preuve que tout a été prévu et réglé d'avance.

1. *Suprà*, p. 79.
2. Cass. 21 juillet 1881, Sir. 1882.I.118.

2° S'il s'agit d'une vente sans garantie et aux risques de l'acquéreur (article 1629). Le prix ne devant pas lui être rendu en cas d'éviction, la crainte d'éviction ne peut le dispenser de payer.

3° Si le vendeur donne caution pour assurer le remboursement au cas où la menace de trouble se transformerait en éviction (article 1653).

II. *Que comprend le paiement ?*

177. Il comprend le prix porté au contrat ; et, en principe, il ne comprend rien autre, ce qui d'ailleurs est conforme au droit commun de l'article 1153[1]. Les intérêts du prix ne courent pas de plein droit, quand même le paiement ne serait pas effectué immédiatement, c'est-à-dire quand même l'acheteur aurait un délai pour payer.

Cependant il peut arriver que l'acheteur doive en outre les intérêts du prix. Le prix porte intérêt dans trois cas, énumérés par l'article 1652.

Premier cas. — « L'acheteur doit l'intérêt du prix de la « vente jusqu'au paiement du capital..... s'il a été ainsi con- « venu lors de la vente. » C'est une application de l'article 1134 et de l'idée générale que la convention fait la loi des parties. L'acheteur peut s'être engagé à payer les intérêts soit à partir de la vente, soit à partir d'une autre époque déterminée. Il doit les payer dans la mesure convenue.

Deuxième cas. — L'acheteur doit l'intérêt s'il a été sommé de payer, et à partir de la sommation.

Au moment de la promulgation du Code civil, cette règle apportait une dérogation au principe posé par l'article 1153 alinéa 3, principe d'après lequel les dommages-intérêts moratoires n'étaient dus que du jour de la demande[2]. Il est probable que les rédacteurs de l'article 1652 avaient oublié la règle consacrée par l'article 1153 et que la divergence entre les deux textes, loin de s'expliquer par aucune raison appréciable, constituait une simple anomalie.

Cette anomalie a disparu depuis que la loi du 7 avril 1900 a modifié l'alinéa 3 de l'article 1153. D'après le nouveau texte[3], les dommages-intérêts « ne sont dus que du jour de la

1. Cpr. *Les contrats et les obligations*, p. 480.
2. *Ibid.*, p. 275 et suiv.
3. *Ibid.*, p. 277.

« sommation », de sorte que l'article 1652 n'est qu'une application du droit commun.

Troisième cas. — L'acheteur doit l'intérêt lorsque la chose vendue produit des fruits. Les intérêts sont dus de plein droit à partir du jour où l'acheteur a perçu les fruits, plus exactement à partir du jour où il a la chose frugifère entre les mains et est mis à même d'en jouir. Les parties cherchent en général à établir un équilibre aussi exact que possible entre les droits respectifs ; or la jouissance de la chose par l'acheteur formerait un excédent à son profit, si le vendeur, de son côté, ne jouissait pas du prix, c'est-à-dire si on ne lui en servait pas les intérêts. Il ne faut pas que les revenus de la chose s'ajoutent à la jouissance du prix non payé ; par cela seul que la chose est frugifère, l'acheteur doit les intérêts du prix. Sauf, bien entendu, convention contraire.

Le texte dit : « Si la chose vendue *et livrée* produit des « fruits..... » Mais l'acheteur a droit aux fruits dès le jour de la vente (article 1614) ; donc il doit l'intérêt à compter de cette date [1].

Dans ces différents cas, l'acheteur ne peut s'affranchir du service des intérêts qu'en payant le prix ou en le consignant (article 1257).

III. *Quelles sont les suites du défaut de paiement.*

178. « Si l'acheteur ne paie pas le prix, dit l'article 1654, « le vendeur peut demander la résolution de la vente. » Ce texte ne fait qu'appliquer à la vente la règle édictée par l'article 1184 pour tous les contrats synallagmatiques [2]. Le vendeur peut d'abord poursuivre le paiement par toutes les voies légales : il a le droit de saisir les biens de l'acheteur, et la loi lui accorde accessoirement un privilège (articles 2102-4° et 2103-1°) [3]. Il peut en outre, dès qu'il n'est pas intégralement payé, demander la résolution de la vente avec dommages-intérêts. Nous ne faisons que signaler ici cette règle, dont nous ferons plus tard l'objet d'une étude approfondie.

1. Laurent, XXIV, p. 323.
2. *Les contrats et les obligations*, p. 385 et suiv.
3. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 390 et suiv., — tome II, p. 6 et suiv.

Troisième obligation.

179. L'acheteur doit supporter les frais d'actes et autres frais accessoires de la vente. Ce sont les termes de l'article 1593. Mais il faut toujours excepter le cas où une convention contraire serait intervenue, car ce n'est là qu'une règle d'interprétation de volonté fondée sur l'usage.

180. Les frais que l'article 1593 met à la charge de l'acheteur sont les suivants.

1° Les frais d'actes proprement dits : honoraires de notaires, droits de timbre, etc.

2° Les droits d'enregistrement.

Il y a deux sortes de droits d'enregistrement : les droits d'actes et les droits de mutation. Les droits de mutation sont toujours à la charge de l'acheteur. Quant aux droits d'actes, ils sont à la charge du vendeur ou de l'acheteur suivant les cas. Ces droits d'actes sont exigibles si l'acte est présenté à la formalité. Ils sont dus par l'acheteur si la vente a été faite par acte soumis à l'enregistrement, ce qui a lieu notamment pour les actes notariés ; ils constituent alors des frais nécessaires. Si la vente a été faite par un acte non soumis à l'enregistrement et n'ayant besoin d'être présenté à la formalité que par suite de sa production en justice, les frais sont à la charge de celle des parties qui paie les dépens du procès ; ce peut donc être le vendeur [1].

3° Le droit de transcription. La loi du 28 avril 1816 (article 52) a incorporé le droit de transcription au droit d'enregistrement, autrement dit elle a décidé que le droit de transcription s'ajoute au droit d'enregistrement et est payé en même temps que lui ; puis elle a fixé ces deux droits ensemble à 5, 50 0/0, soit 4 0/0 pour l'enregistrement et 1.50 0/0 pour la transcription, décimes en plus, soit au total 6.875 0/0, sans compter les droits de timbre et les honoraires du conservateur. La loi du 27 juillet 1900 (article 3), sans modifier le tarif de la loi de 1816, a établi une taxe hypothécaire de 0.25 0/0 sur les transcriptions d'immeubles. Enfin, la loi du 22 avril 1905, qui a supprimé le droit de timbre pour les actes relatifs aux ventes d'immeubles (article 6), a porté le droit d'enregistrement pour ces ventes à 7 0/0 sans addition

1. Voy. Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 192, — Guillouard, I, n° 197 ; — Cass. 16 août 1860, D. P. 1860.I.495, — 6 novembre 1860, D. P. 1860.I.488.

d'aucun décime (article 2), tout en laissant subsister la taxe introduite par la loi du 27 juillet 1900 [1].

Notons à ce propos que le droit de transcription doit être payé d'avance, qu'on fasse ensuite transcrire ou non. Cette règle est posée par les articles 52 et 54 de la loi du 28 avril 1816 ; et il n'en peut être donné aucune justification rationnelle : c'est une mesure fiscale, rien de plus [2].

En 1855, quand il fut question de rétablir la transcription, les adversaires du rétablissement firent valoir, entre autres raisons, qu'on allait grever la propriété foncière ; l'argument fut répété à satiété, et semblait logique. Mais c'était oublier que depuis 1816 on avait payé les droits de transcription bien que la formalité ne fût pas exigée, et même quand elle n'était pas remplie.

181. Tous ces frais divers rentrent dans la formule générale de l'article 1593.

Nous nous sommes demandé ailleurs [3] s'il faut y joindre les frais de purge. La question est controversée, et ce n'est pas le lieu d'y revenir.

182. Telles sont, en résumé, les obligations tant du vendeur que de l'acheteur. En les énumérant, nous avons achevé l'exposé général des effets de la vente.

Des dispositions que nous venons de classer, nous allons maintenant extraire deux points qui demandent une étude plus détaillée : 1° la garantie, soit de la possession paisible, soit des vices rédhibitoires, que nous avons signalée parmi les obligations du vendeur, — 2° les conséquences du défaut de paiement du prix par l'acheteur, autrement dit le système de l'action résolutoire pour défaut de paiement du prix.

SECTION II. — **La garantie de la possession paisible.**

183. Dans l'énumération que nous avons présentée des obligations du vendeur, la garantie de la possession paisible

1. Cpr. *Les contrats et les obligations*, p. 629. [Par suite d'une méprise, j'ai dit, à la page qui vient d'être citée, que la loi de 1905 a fixé le droit à 7 0/0, *outre* décimes. Il faut lire : sans addition d'aucun décime. R. B.]
2. Voy. Gabriel Demante, *Principes de l'enregistrement*, 4e édition, I, p. 150.
3. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 389.

a trouvé sa place[1]. L'article 1625 l'appelle : la garantie de la possession paisible de la chose vendue ; la rubrique qui précède l'article 1626 l'appelle : la garantie en cas d'éviction ; et cette seconde appellation est moins exacte que la précédente, car il peut y avoir lieu à cette garantie indépendamment d'une éviction proprement dite, par cela seul qu'il y a trouble.

Cette garantie doit être envisagée sous un double aspect. Elle est une obligation au regard du vendeur, qui en est tenu ; elle est une créance au regard de l'acheteur, qui y a droit. C'est le propre des contrats synallagmatiques que l'obligation incombant à l'une des parties correspond à un droit appartenant à l'autre.

Au titre *De la vente*, la garantie est envisagée surtout comme obligation (articles 1603 et 1625). C'est à ce point de vue que les articles 1626 et suivants la réglementent. Mais les règles édictées par la loi doivent presque toutes être transposées si on veut les appliquer d'une façon complète ; elles déterminent, en même temps que l'obligation du vendeur, le droit de l'acheteur et les conditions d'exercice de ce droit.

184. Ainsi comprise, la garantie n'est pas spéciale à la vente. Elle se rencontre, avec son double caractère d'obligation et de droit, dans d'autres conventions. Dans ses diverses applications, elle apparaît comme une conséquence de cette idée simple que les conventions doivent être exécutées conformément à l'intention des parties.

Le vendeur doit la garantie à l'acheteur, c'est-à-dire qu'il doit lui assurer, sous sa responsabilité, les effets attendus de la vente, tous les effets attendus. L'acheteur a droit à la garantie parce qu'elle rentre, en ce qui le concerne, dans les prévisions du contrat, et que la prestation du vendeur est la cause de son obligation à lui acheteur.

Par application de la même idée générale, la garantie se retrouve naturellement dans tous les autres contrats similaires : 1° dans l'échange, où les coéchangistes se garantissent réciproquement la paisible possession des choses échangées (article 1705), — 2° dans la société (article 1845 alinéa 2), — 3° dans le partage (article 884).

En général, elle est un effet propre aux contrats translatifs

1. *Suprà*, n° 167.

à titre onéreux. La formule de ces contrats est la suivante : donnant donnant ; chaque obligation a pour cause l'intérêt dont les parties qui s'engagent cherchent la réalisation. Alors chaque partie doit garantir l'équivalent qu'elle fournit ; le caractère même du contrat l'exige.

Elle est étrangère aux contrats à titre gratuit. Le donateur, ne recevant rien en échange de ce qu'il donne, n'a pas de raisons de garantir ce qu'il donne. Cependant, par suite de considérations spéciales, il en est autrement quand la donation est faite à titre de constitution de dot soit au mari, soit à la femme (articles 1440 et 1547). C'est précisément un des motifs pour lesquels il y a doute sur le caractère véritable des donations faites aux époux par contrat de mariage ; ce sont incontestablement des donations, mais elles participent à certains égards du caractère des contrats à titre onéreux, notamment quant à la garantie.

Finalement, la garantie est un effet commun à un grand nombre de contrats : à tous les contrats à titre onéreux, quelquefois même à la donation.

C'est à propos de la vente qu'est établie la théorie d'ensemble de la garantie. Mais les règles posées sont applicables à la garantie en général, dans tous les cas. De là l'importance exceptionnelle des articles 1626 et suivants, qui auraient été mieux placés au titre *Des obligations* qu'à celui *De la vente*, puisqu'ils forment un système applicable à toute une catégorie de contrats, non à un contrat particulier.

185. Nous allons rechercher successivement : 1° quels sont exactement les faits qui donnent lieu à garantie, — 2° quels sont les effets et les suites de la garantie, — 3° dans quelle mesure la convention, c'est-à-dire la volonté des parties, peut modifier la garantie légalement établie. Enfin nous terminerons l'étude de ce sujet par l'examen d'une question importante et célèbre : celle de savoir si la garantie, envisagée comme obligation et comme droit, est divisible ou indivisible.

§ 1. — Quels sont exactement les faits qui donnent lieu à garantie ?

186. La garantie, quoique découlant de la vente, n'est qu'un effet éventuel de la vente. Elle ne se réalise, comme obligation positive ou comme droit acquis, que par suite de faits ultérieurs, qui sont prévus par l'article 1626.

Aussi la prescription ne court-elle contre l'acheteur, en ce qui concerne son droit et l'action à exercer pour le faire valoir, que du jour où se produit le fait qui réalise ce droit, autrement dit du jour de l'éviction. Jusque là, la prescription est suspendue (article 2257).

Ces faits, dont la survenance réalise et l'obligation du vendeur, jusque là éventuelle, et le droit de l'acheteur, jusque là éventuel lui aussi, sont les troubles de droit, qu'on appelle ainsi pour les distinguer des troubles de fait.

L'acheteur a droit à une possession paisible. Dès qu'il est troublé, à plus forte raison s'il est évincé, c'est-à-dire dépossédé, l'effet attendu du contrat lui échappe, et son droit à la garantie se réalise.

187. L'article 1626 s'exprime autrement, mais l'idée est la même : « Le vendeur est obligé de droit à garantir l'acqué-« reur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de « l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et « non déclarées lors de la vente. »

De là deux garanties : la garantie pour éviction proprement dite, et la garantie pour charges non déclarées.

I. *Garantie pour éviction proprement dite.*

188. L'éviction proprement dite est la dépossession de la chose par suite d'un droit existant au profit d'un tiers sur la chose, et opposable à l'acheteur.

Ce droit se manifeste sous des formes diverses. L'action intentée contre l'acheteur est tantôt possessoire, tantôt pétitoire. L'action pétitoire elle-même prend des noms différents suivant les hypothèses.

La vente a-t-elle été faite *a non domino*, c'est la revendication, ou bien l'action négatoire si la vente a eu pour objet un droit réel autre que la propriété. L'exemple le plus saillant est fourni par l'article 1599, qui déclare nulle la vente de la chose d'autrui ; la nullité de la vente ne met pas obstacle à ce que le vendeur soit responsable et tenu de réparer le préjudice que l'inexécution de l'engagement pris cause à l'acheteur[1].

La vente a-t-elle été faite *a domino*, l'action intentée contre l'acheteur pourra être l'action hypothécaire, à raison

1. *Suprà*, n° 112.

d'hypothèques existant du chef soit du vendeur, soit d'un des précédents propriétaires, action hypothécaire se produisant soit sous forme de saisie sur l'acheteur, soit sous forme de surenchère du dixième en cas de purge [1]. Ou bien ce pourra être une action en résolution, en rescision ou en nullité intentée par un tiers, action pouvant aboutir à faire tomber la vente et à déposséder l'acheteur [2].

Dès que la prétention du tiers est émise, sous quelque forme que ce soit, elle constitue un trouble : un trouble de droit, puisqu'il résulte de l'exercice d'un droit allégué. Le trouble autorise l'acheteur à opposer au demandeur qui l'attaque l'exception dilatoire de garantie, et à appeler son garant en cause (article 175 C. proc. civ.). Si la prétention est reconnue justifiée et aboutit, elle constitue une éviction. Le trouble et l'éviction sont deux causes de garantie ; le trouble est la dépossession poursuivie, l'éviction est la dépossession consommée.

II. *Garantie pour charges non déclarées.*

189. L'hypothèse est celle où il est porté atteinte aux droits de l'acheteur par suite d'un droit qui affecte la chose vendue et la diminue, mais sans qu'il en résulte à proprement parler soit une dépossession, soit une menace de dépossession, puisque l'acheteur, tout en conservant la chose, est tenu de souffrir la charge prétendue. Par exemple, une vente a été consentie *a domino* ; puis un tiers intente contre l'acheteur l'action confessoire à l'effet de faire reconnaître l'existence à son profit d'un droit d'usufruit, de surperficie, de servitude, d'usage ou d'habitation, autrement dit d'un droit réel autre que la propriété.

Nous retrouvons ici la même distinction que précédemment. Dès que la prétention est soulevée, elle constitue un trouble de droit, autorisant l'acheteur à opposer l'exception dilatoire de garantie et à appeler le vendeur en cause. Si la prétention aboutit, elle autorise le recours en garantie proprement dit, car, *parte in quà*, il y a éviction.

190. Telles sont les deux hypothèses prévues concurremment par l'article 1626.

1. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 303 et suiv., 310 et suiv.
2. *Les contrats et les obligations*, p. 549 et suiv.

Dans tous les cas, le tiers poursuivant invoque sur la chose vendue un droit qu'il a ou qu'il prétend avoir. Dès que ce droit est de nature à être opposé à l'acheteur et que le tiers l'exerce, la possession cesse d'être paisible et il y a trouble ; si l'action du tiers réussit, il y a éviction. Le sens juridique des mots *trouble* et *éviction* est très net.

191. Peu importe, dès lors, la forme sous laquelle se manifeste le droit du tiers et la manière dont il est opposé par le tiers à l'acheteur.

Cependant, on dit souvent que l'éviction est une dépossession judiciaire, « un délaissement ordonné en justice [1] ». D'où il résulterait qu'il y a lieu à garantie seulement dans le cas où le tiers exerce son droit en justice et où l'acheteur est judiciairement troublé.

Cette idée est trop absolue.

Les textes, il est vrai, supposent habituellement que la cause de la garantie est une action dirigée contre l'acheteur. Ainsi notamment, les articles du Code de procédure où il est question de l'exception dilatoire de garantie (articles 175 et suivants) supposent toujours cette hypothèse : l'acheteur, actionné en revendication ou défendeur à l'action confessoire, oppose l'exception dilatoire et appelle son vendeur en cause ; or il ne peut évidemment y avoir place pour l'exception dilatoire de garantie qu'en cas d'action judiciaire. Ainsi encore, les articles 1630 et 1640 du Code civil supposent un débat en justice ; l'article 1630 parle des frais faits sur la demande originaire, l'article 1640 vise le cas où l'acheteur « s'est laissé condamner ».

Mais ces textes prévoient seulement le cas le plus habituel, sans que la prévision faite soit exclusive. Le plus souvent, l'acheteur menacé ne cédera qu'à son corps défendant ; de là un procès probable, au cours duquel il opposera l'exception de garantie, ou à la suite duquel, s'il est dépossédé, il agira en garantie contre son vendeur. C'est l'hypothèse ordinaire. Mais si le droit du tiers n'est pas contestable, nulle part il n'est dit que l'acheteur, pour avoir droit à la garantie, doive d'abord résister judiciairement. Ce serait absurde. L'acheteur peut agir en garantie après avoir accédé à la demande des

1. Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 373, — Demante et Colmet de Santerre, VII, p. 82.

tiers, tout comme après s'être laissé condamner sans appeler son garant en cause. Seulement, dans les deux cas, l'article 1640 est applicable : « Le vendeur est dégagé s'il prouve « qu'il existait des moyens suffisants pour faire rejeter la de« mande. »

Voici deux hypothèses où cette solution apparaît manifeste.

1° L'immeuble vendu était hypothéqué. L'acheteur, pour le conserver, paie les créanciers[1], ou bien il purge et les créanciers font surenchère du dixième[2]. Il a droit à garantie quoiqu'aucun jugement ne soit intervenu contre lui. De même s'il délaisse[3]; il n'y a pas dépossession judiciaire, et cependant la garantie est due (article 2178).

2° L'acheteur, quand il veut exercer son droit comme tel, se heurte à un autre droit qui l'emporte sur le sien. Par exemple, il s'agit de meubles et l'on se trouve dans l'hypothèse prévue par l'article 1141 : celle de deux ventes successives du même objet, le second acheteur ayant été mis en possession avant le premier; celui-ci est évincé par cela seul qu'il existe un droit préférable au sien[4]. Ou bien il s'agit d'immeubles; quand l'acheteur va pour transcrire, il découvre qu'un autre acquéreur — dont le titre est antérieur ou postérieur au sien, peu importe — a déjà transcrit son contrat; il est encore évincé.

Donc il suffit, pour qu'il y ait trouble ou éviction, au sens légal du mot, qu'un tiers exerce, sous quelque forme que ce soit, un droit opposable à l'acheteur et l'emportant sur le droit de l'acheteur. L'idée que l'éviction est une dépossession judiciaire doit être écartée.

192. Souvent aussi on fait intervenir, pour préciser les cas dans lesquels il y a lieu à garantie, un autre élément qu'il faut encore écarter.

Le voici. Dans un grand nombre d'hypothèses, le plus habituellement même, le trouble ou l'éviction procède d'une cause remontant à une époque antérieure à la vente, d'un droit préexistant à celui de l'acheteur et l'emportant, à cause de cela même, sur le droit de l'acheteur.

1. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 339.
2. *Ibid.*, p. 341 et suiv., 371 et suiv.
3. *Ibid.*, p. 405 et suiv.
4. *Les contrats et les obligations*, p. 195 et 196. — Cpr. *suprà*, p. 109.

Mais cette antériorité n'est pas une condition juridique et nécessaire de l'éviction. Si on affirme souvent le contraire [1], c'est qu'on prend à tort pour une nécessité légale ce qui n'est qu'une circonstance habituelle.

Il est vrai que l'article 884 se place formellement à ce point de vue en matière de garantie appliquée au partage : « Les « cohéritiers demeurent respectivement garants, les uns « envers les autres, des troubles et évictions seulement qui « procèdent d'une cause antérieure au partage. » Les articles 1626 et suivants, sans employer des termes aussi formels, supposent également l'antériorité des droits du tiers eu égard à la vente.

Cela tient, répétons-le, à ce qu'il en est le plus souvent ainsi. En général, pour qu'un tiers ait sur la chose vendue un droit opposable à l'acheteur et lui permettant de l'évincer, il faut qu'il l'ait acquis avant la vente, ou que le droit procède d'une cause antérieure à la vente ; le tiers était propriétaire en vertu d'une cause antérieure, il avait une hypothèque ou une servitude du chef du vendeur ou du chef d'un des précédents propriétaires, ou bien il avait, en vertu d'une cause antérieure, une action en nullité ou en résolution.

Mais ce n'est pas une condition nécessaire. Et il y a des cas où il est manifeste que l'absence de cette condition ne met aucunement obstacle à ce que le vendeur doive garantie.

1° En matière mobilière, le propriétaire d'une chose la vend sans la livrer, puis il consent une seconde vente suivie de livraison. Le second acheteur est préféré (article 1141) [2]. Le premier a-t-il droit à la garantie ? Bien évidemment. Cependant le droit qui l'emporte sur le sien est postérieur à la vente qu'il invoque.

2° En matière immobilière, les mêmes prévisions sont possibles. Une vente a lieu, et l'acheteur ne fait pas transcrire immédiatement ; plus tard, le vendeur aliène de nouveau ou confère des droits réels sur l'immeuble, et l'acquéreur fait transcrire son titre. Le second acquéreur est préféré au premier. Celui-ci a-t-il droit à garantie ? Evidemment oui. Cependant les droits qui amènent l'éviction sont nés postérieurement aux siens.

1. Voy. par exemple Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 374.
2. *Suprà*, n° 191.

3° *Primus*, propriétaire d'un immeuble, le donne à ferme ; le fermier, se faisant passer pour propriétaire, vend l'immeuble à un tiers qu'il induit en erreur. Pour sauver la situation, il continue à payer ses fermages, de sorte que *Primus* ignore ce qui s'est passé. Dix ans après, *Primus*, véritable propriétaire, vend l'immeuble à *Secundus*. La situation se dévoile, et *Secundus*, acquéreur du *verus dominus*, agit en revendication contre l'acheteur trompé, qui a acquis *a non domino*. Cet acheteur a-t-il droit à la garantie ? Evidemment oui, puisqu'il y a eu vente *a non domino*. Cependant, le droit du tiers demandeur en revendication est né postérieurement à la vente invoquée par l'évincé.

En résumé, le droit du tiers qui trouble ou évince l'acheteur peut être postérieur en date à la vente. Aussi, ceux qui croient devoir faire de l'antériorité du droit du tiers une condition de la garantie, ont-ils soin d'ajouter le correctif suivant : « Lorsque l'éviction procède d'un fait personnel au « vendeur, et notamment, lorsqu'elle est le résultat de l'exer- « cice d'un droit qu'il a lui-même concédé, elle donne lieu « à la garantie, quoique la cause en soit postérieure à la « vente [1]. »

Cette réserve rectifie heureusement la formule. Mais alors à quoi bon compliquer cette formule d'un élément qui n'est pas nécessaire ?

D'ailleurs, la restriction faite n'est pas suffisante. Supposons l'hypothèse suivante. L'acheteur d'un immeuble ne fait pas transcrire son contrat ; un créancier du vendeur le poursuit, obtient un jugement contre lui, et, comme l'acheteur n'a pas encore un droit opposable aux tiers, le créancier prend inscription. Evincé par l'action hypothécaire, l'acheteur aura droit à garantie [2]. Cependant, le tiers n'invoque pas un droit qui lui ait été concédé par le vendeur.

193. La formule que nous avons proposée est préférable, parce qu'elle est beaucoup plus simple.

Donnent lieu à la garantie les troubles et évictions résultant de l'exercice par un tiers d'un droit qu'il a ou qu'il prétend avoir sur la chose vendue. Il faut — et cela suffit, indépendamment de toute circonstance — que ce droit soit opposable à l'acheteur.

1. Aubry et Rau, IV, p. 374.
2. Voy. *infrà*, p. 137.

Voilà ce qui constitue les troubles et évictions de droit.

194. Dès lors, il devient facile de spécifier, pour les écarter, les troubles qui ne donnent pas lieu à la garantie, et qu'on réunit ordinairement sous le nom de troubles de fait, par opposition aux troubles de droit. Ce sont ceux qui, tout en portant atteinte aux droits de l'acheteur, ne résultent pas d'un droit appartenant à un tiers sur la chose vendue.

Voici des exemples.

1° Le vol ou l'usurpation constitue évidemment un trouble de fait. Un voleur enlève à l'acheteur le meuble vendu ; un usurpateur l'expulse de l'immeuble vendu ou empiète sur cet immeuble ; l'acheteur est bien dépossédé, mais il n'est pas évincé, parce qu'il n'y a éviction qu'en cas de trouble résultant de l'exercice d'un droit. La distinction est formellement faite en matière de louage (article 1725) ; elle est sous-entendue en matière de vente. Contre les troubles de fait l'acheteur, comme le preneur, doit se protéger lui-même ; les risques sont à sa charge[1], et il n'a rien à prétendre contre son vendeur.

2° Il y a simple trouble de fait en cas de dépossession par force majeure ou par cas fortuit[2] : inondation, incendie, etc. Dès que le risque incombe à l'acheteur, il n'a pas d'action contre son vendeur. On assimile à la force majeure le cas où l'acheteur est dépossédé par ce que l'on appelait jadis « le fait « du prince », autrement dit par un acte de l'autorité, par l'exercice d'un droit appartenant régulièrement aux pouvoirs publics, comme par exemple une expropriation pour cause d'utilité publique.

3° Il y a simple trouble de fait dans le cas où l'acheteur est dépossédé par sa faute. L'article 1640 fait application de cette idée : « La garantie pour cause d'éviction cesse lorsque « l'acquéreur s'est laissé condamner par un jugement en « dernier ressort, ou dont l'appel n'est plus recevable, sans « appeler son vendeur, si celui-ci prouve qu'il existait des « moyens suffisants pour faire rejeter la demande. » Il se laisse condamner ou il adhère imprudemment à la prétention sans appeler son garant en cause ; il est donc condamné par sa faute.

1. *Les contrats et les obligations*, p. 239 et suiv.
2. Voy. *ibid.*, p. 752 et suiv.

195. L'application de cette distinction entre le trouble de droit et le trouble de fait est quelquefois délicate. Voici deux exemples des difficultés qui peuvent s'élever.

1° Quand il s'agit d'un droit de propriété ou de servitude acquis par prescription, postérieurement à la vente, mais par suite d'une possession commencée auparavant, l'éviction doit-elle être considérée comme un trouble de droit? Dans une certaine mesure, elle est imputable à l'acheteur; il aurait pu interrompre la prescription; il n'a donc qu'à s'en prendre à lui-même s'il ne l'a pas fait, et par conséquent il ne peut invoquer la garantie. La question devient particulièrement embarrassante si la prescription s'accomplit à une époque tellement rapprochée de la vente que l'acheteur n'a pas eu moralement le temps de l'interrompre; cependant, toute question de mauvaise foi mise de côté et sous réserve de dommages-intérêts s'il y a lieu, la solution est la même dans tous les cas [1].

2° Un immeuble est vendu et l'acquéreur ne fait pas transcrire immédiatement. Un créancier du vendeur avait obtenu jugement contre lui avant la vente, ou bien il obtient ce jugement après la vente, et, profitant de ce que l'acheteur tarde à faire transcrire, il prend une inscription. L'inscription est efficace, puisqu'elle est prise avant que le droit de l'acheteur ait été rendu opposable aux tiers. L'acheteur, évincé par l'action hypothécaire, a-t-il droit à la garantie? Le vendeur peut lui répondre que c'est sa faute s'il est troublé. Que n'a-t-il transcrit immédiatement ? C'est une question de fait; tout revient à savoir s'il y a eu vraiment faute, car tout retard n'est pas une faute [2].

196. Ces notions et les conséquences qui en découlent sont comprises dans la formule générale: les faits qui donnent lieu à la garantie pour éviction sont les troubles de droit, c'est-à-dire les troubles résultant de l'exercice par un tiers d'un droit existant à son profit et opposable à l'acheteur.

La formule suffit donc.

197. Cependant elle a besoin d'être complétée quand il s'agit de la garantie pour charges non déclarées (article 1638), c'est-à-dire quand le trouble résulte d'une action exer-

1. En sens contraire, Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 375.
2. Voy. *suprà*, p. 135.

cée par un tiers qui prétend avoir un droit réel sur l'immeuble.

198. Ces charges peuvent être de diverses sortes.

1° Ce peut être un usufruit grevant le bien vendu, l'immeuble dans l'hypothèse la plus ordinaire. L'usufruit est un droit réel ; donc il emporte le droit de suite et est opposable à l'acheteur. Celui-ci est troublé en ce sens que, sans éprouver une dépossession proprement dite, il ne gardera pas la chose dans l'état prévu ; il y a lieu à garantie pour charge non déclarée.

2° Ce peut être une servitude, et c'est l'hypothèse que vise spécialement l'article 1638.

La garantie relative aux servitudes peut se présenter de deux manières.

α. Lorsque l'immeuble a été vendu comme ayant des servitudes actives, c'est-à-dire des servitudes à propos desquelles il joue le rôle de fonds dominant, l'acquéreur, s'il se trouve privé de la servitude à la suite d'une action négatoire intentée par le propriétaire du fonds prétendu servant, a droit à garantie. En effet, il n'a pas tout ce qui lui a été vendu, ce qui équivaut pour lui à une éviction partielle.

β. Lorsque l'immeuble, vendu comme libre, se trouve au contraire grevé de servitudes passives[1], l'acquéreur n'en a plus que la propriété amoindrie, puisque le fonds est servant. Il subit une éviction partielle, puisque l'immeuble acheté comme libre ne l'est pas ; et il a droit à garantie.

199. Or, dans cette dernière hypothèse, deux conditions sont nécessaires pour que l'acheteur ait droit à la garantie.

Première condition. — Il faut qu'il s'agisse d'une servitude non apparente. Si la servitude est apparente, l'acheteur ne pourra pas prétendre qu'il est déçu ; il a dû connaître la servitude, et le prix de l'immeuble a sans doute été fixé en conséquence[2].

Peu importe, d'ailleurs, que la servitude soit légale ou qu'elle procède du fait de l'homme.

On a parfois contesté qu'il y ait lieu à garantie pour les servitudes légales ; on a soutenu qu'il faut les assimiler aux servitudes apparentes et qu'elles ne donnent jamais lieu à

1. Cass. 30 octobre 1894, D. P. 1895.I.63.
2. Limoges 12 juillet 1892, D. P. 1893.II.537.

garantie. Le motif invoqué est que l'acheteur, s'il ne les a pas connues, devait les connaître, car elles constituent le droit commun de la propriété[1].

Mais cette manière de voir n'est pas exacte. Il peut arriver que l'acheteur n'ait eu aucun moyen de connaître l'existence de la servitude légale, et qu'il ait, dès lors, droit à garantie quand elle se manifeste. En effet, il a pu ignorer le fait d'où résulte la servitude. Voici un exemple, d'une application journalière à Paris. Un particulier achète des terrains le long d'une voie en construction ; ces terrains sont grevés de servitudes de voirie : frais d'établissement de la voie, de premier pavage, etc. ; il revend les terrains sans avoir acquitté ces frais, et la Ville, en vertu de ce principe qu'il s'agit ici d'une charge réelle sur les immeubles, agit contre le possesseur actuel pour l'obliger à payer. Y a-t-il lieu à garantie ? On ne l'a jamais mis en doute[2].

Seconde condition. — Il faut que la servitude n'ait pas été déclarée par le vendeur lors du contrat, ou du moins qu'elle n'ait pas été connue de l'acheteur par une autre voie[3]. C'est pour cela précisément que la garantie qui nous occupe est appelée garantie à raison des charges non déclarées. Si la servitude a été déclarée, ou connue de l'acheteur, l'idée d'une déception n'est plus admissible.

Telles sont les deux conditions prescrites par l'article 1638.

200. Ce texte, d'une application simple sous l'empire du Code de 1804, a perdu beaucoup de son intérêt pratique depuis la loi du 23 mars 1855. En effet, les actes constitutifs de servitudes doivent être transcrits (articles 1 et 2) ; ils ne sont opposables aux tiers qu'à cette condition (article 3). D'où cette alternative : ou bien la servitude ne sera pas opposable à l'acheteur, — ou bien, si elle lui est opposable, l'acheteur ne sera pas fondé à prétendre qu'il en ignorait l'existence, puisqu'elle aura été portée à sa connaissance par la transcription.

Toutefois, l'article 1638 n'est pas dénué de toute portée. Il reste applicable dans plusieurs cas.

1. En ce sens, Aubry et Rau, IV, p. 385, texte et note 57. — La jurisprudence s'est également prononcée en ce sens : Grenoble 21 juillet 1840, Sir. 1841.II.191, — Cass. 20 février 1865, Sir. 1865.I.164.
2. Voy. cependant, dans une espèce voisine, Orléans 21 janvier 1835, Sir. 1835.II.247.
3. Limoges 12 juillet 1892, D. P. 1893.II.537.

1° La loi de 1855 n'est pas applicable aux actes ayant acquis date certaine avant le 1er janvier 1856 (article 11); les actes constitutifs antérieurs à cette date restent opposables aux tiers indépendamment de toute transcription[1]. Par conséquent, un acheteur peut encore se voir opposer une servitude résultant d'un acte non transcrit.

2° Il se peut qu'une servitude soit établie par des actes non soumis à la transcription, tels qu'un testament, un acte de partage; l'article 1638 conserve alors toute son application. Il en est de même pour les servitudes établies par destination du père de famille dans l'opinion qui considère ces servitudes comme n'étant pas soumises à transcription[2].

3° Même en supposant que la servitude résulte d'un acte soumis à transcription, l'article 1638 continue de recevoir son application s'il s'agit d'une servitude transcrite entre la vente et la transcription de la vente, que cette servitude ait d'ailleurs été établie avant ou après la vente. En effet, l'acheteur, quand il s'est renseigné avant de conclure la vente, n'a pas pu connaître l'existence de cette servitude.

4° On peut soutenir que la transcription ne suffit pas pour rendre la servitude apparente au sens de l'article 1638, pour en révéler l'existence d'une manière certaine. L'article 1638, pour décider si la découverte d'une servitude grevant l'immeuble donne ou non lieu à garantie, s'attache au point de savoir si l'acheteur a connu en fait l'existence de la servitude, plutôt qu'au point de savoir si l'acheteur a eu des facilités plus ou moins grandes pour connaître cette existence. Or, de ce que la loi de 1855 a rendu faciles ces investigations, il ne résulte pas que l'acheteur y ait procédé. On peut soutenir que l'acheteur qui, en fait, n'a pas connu la servitude, quoique transcrite, et qui, par conséquent, est déçu, a droit à la garantie; de même qu'en matière de prescription de l'hypothèque l'existence d'une inscription ne suffit pas pour constituer le tiers acquéreur de mauvaise foi (article 2180)[3].

5° Il se peut que la charge résulte d'un droit de créance, si ce droit est opposable à l'acheteur. Il n'en est ainsi qu'exceptionnellement; car le droit de créance n'est opposable, en principe, qu'au débiteur et à ses ayants-cause à titre universel

1. *Les contrats et les obligations*, p. 224.
2. *Ibid.*
3. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 444 et 445.

(article 1122)[1], non aux ayants-cause à titre particulier, au nombre desquels il faut placer l'acheteur. Mais, dans quelques cas et pour des motifs spéciaux, la loi déclare de simples droits de créance opposables aux tiers; ils sont alors opposables à l'acheteur, qui peut être troublé de la sorte par les personnes auxquelles ces droits appartiennent, ce qui donne ouverture à garantie.

Il en est ainsi dans le cas de l'article 1743: « Si le bail« leur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le « fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la « date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit « par le contrat de bail. » Le locataire d'immeuble n'a pas un droit réel [2]; il n'a qu'une créance de jouissance. Cependant, sous certaines conditions que nous fixerons en étudiant l'article 1743, il peut opposer sa créance à la personne qui a acquis l'immeuble du chef du bailleur. Lorsque cette créance est inconnue de l'acheteur et vient à lui être opposée, elle constitue une charge non déclarée, et il y a lieu à garantie.

201. En résumé, à la question de savoir quels sont, d'une manière précise, les faits qui donnent lieu à la garantie, il faut répondre: tous troubles et évictions résultant de l'exercice par un tiers d'un droit opposable à l'acheteur, toutes charges non apparentes et non déclarées susceptibles d'être opposées à l'acheteur, en un mot tous les troubles de droit.

§ 2. — Quels sont les effets et les suites de la garantie ?

202. Garantir, au sens général du mot, c'est préserver d'un préjudice, soit en empêchant le préjudice de se produire, soit en réparant les suites du préjudice s'il se produit. Le mot n'a pas ici d'autre portée. En droit, la garantie comprend deux éléments: le vendeur doit assurer la possession paisible, et indemniser l'acheteur du préjudice que lui cause soit le trouble, soit l'éviction.

Si on analyse l'obligation de garantir, elle apparaît comme comprenant trois obligations distinctes.

1. *Les contrats et les obligations*, p. 569.
2. Telle est, du moins, la solution que nous admettrons quand nous étudierons la question sous l'article 1743.

Première obligation

203. Comme garant, le vendeur — et ce que nous disons de lui est naturellement applicable à ses héritiers — doit d'abord s'abstenir de tout acte pouvant troubler l'acheteur ou le priver des avantages sur lesquels il était autorisé à compter. La garantie se présente alors, au regard du vendeur, sous la forme d'une obligation négative ; il doit s'abstenir lui-même des faits dont il devrait garantie s'ils émanaient de tiers, par conséquent de tous actes qui auraient pour effet d'enlever à l'acheteur le bénéfice du contrat.

Si le vendeur trouble ainsi l'acheteur, celui-ci exerce son droit à la garantie par voie d'exception. Il oppose l'exception de garantie.

Rien n'est plus conforme à la situation résultant du contrat. Si l'acheteur n'a pas été mis en possession, il a action contre le vendeur pour obtenir la délivrance ; lorsqu'il a été mis en possession, il peut s'opposer à toute entreprise du vendeur tendant à le déposséder ; l'obligation pour le vendeur de ne pas troubler l'acheteur n'est autre que l'obligation de délivrer qui se continue sous un nouvel aspect. D'où la règle « Qui doit garantie ne peut évincer », règle qui reproduit l'adage traditionnel : *quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio.*

204. Voici quelques applications de la garantie envisagée sous cet aspect.

1° Aux termes de l'article 1599, la vente de la chose d'autrui est nulle. Le vendeur de la chose d'autrui peut-il se prévaloir de ce texte pour demander la nullité de la vente ? Non. En effet, la vente de la chose d'autrui, quoique nulle, impose au vendeur l'obligation de garantie ; or l'action en nullité tend à évincer l'acheteur, et qui doit garantie ne peut évincer [1].

2° Le vendeur de la chose d'autrui devient ultérieurement propriétaire de la chose vendue, par exemple en succédant au *verus dominus*. Peut-il, invoquant son nouveau titre, revendiquer la chose ? Non, pour la même raison ; son titre de vendeur garant paralyse son titre de propriétaire [2].

3° Le vrai propriétaire hérite du garant, et se trouve,

1. *Suprà*, p. 80.
2. *Ibid.*, p. 82.

comme tel, tenu des obligations de celui-ci. Peut-il revendiquer ? Pas davantage ; car l'exercice du droit de propriété est paralysé par l'obligation de ne pas évincer. S'il est interdit au garant d'évincer, comment pourrait-il avoir le droit de troubler ?

Par application de la même idée, il est admis : 1° que le vendeur d'un fonds de commerce ne peut ouvrir, dans le voisinage, un établissement du même genre qui ferait concurrence au premier, — 2° que le cédant d'un office ne peut, dans le même ressort, ouvrir un cabinet faisant des actes similaires, car il attirerait à lui la clientèle qu'il a cédée. Le trouble, dans ces cas, ne se manifeste pas sous forme d'action contre l'acheteur, de sorte que l'exception de garantie n'est pas une protection efficace ; aussi, quoiqu'il s'agisse de l'obligation négative de ne pas troubler, l'acheteur fera valoir son droit par voie d'action : il conclura, par exemple, à la cessation de la concurrence illicite et à la réparation du préjudice causé.

Deuxième obligation

205. Comme garant, le vendeur est tenu de défendre l'acheteur contre toute prétention soulevée par un tiers sur la chose vendue. La garantie se présente alors, au regard du vendeur, sous la forme d'une obligation positive ; il doit intervenir à l'effet de défendre l'acheteur. Celui-ci, quand il est troublé, exerce son recours en garantie dans la forme prévue par l'article 175 du Code de procédure ; il oppose à la personne qui le poursuit l'exception dilatoire de garantie.

Il faut bien se garder de confondre cette exception avec celle qui dérive de la règle « qui doit garantie ne peut évincer ». Cette dernière est opposée au garant et tend à faire repousser son action ; l'exception dilatoire de garantie est opposée au tiers poursuivant et tend non pas à repousser l'action, mais à obtenir un délai, pendant lequel l'acheteur appellera son garant en cause, en d'autres termes recourra contre son garant, par voie d'action incidente aux poursuites dirigées contre lui acheteur.

Il y a lieu à garantie, sous cette forme d'action incidente, toutes les fois qu'un tiers poursuit l'acheteur soit par l'action en revendication, soit par l'action hypothécaire, soit par une

1. *Suprà*, p. 82.

action confessoire pour charges non déclarées. Le garant, appelé incidemment en cause, peut alors ou bien assister au procès et fournir les moyens de défense, ou bien, allant plus loin, prendre fait et cause pour le garanti (article 182 C. proc. civ.). Dans les deux cas, il doit garantie.

Envisagé à ce point de vue, le mot « garantir » signifie mettre à l'abri du préjudice en empêchant qu'il ne s'accomplisse. C'est le deuxième aspect de la garantie, la garantie incidente.

Troisième obligation

206. Comme garant, le vendeur est tenu, si l'éviction est consommée, de réparer le préjudice qui en résulte pour l'acheteur. La garantie se présente alors, au regard du vendeur, sous la forme d'une obligation positive, d'une obligation de donner, d'une obligation de somme d'argent.

L'acheteur, dans ce cas, fait valoir son droit à la garantie par voie d'action. Si, sur la poursuite du tiers, il a appelé incidemment son garant en cause, le jugement qui statue sur l'action principale, c'est-à-dire sur l'action du tiers, statuera sur l'action incidente de garantie exercée par l'acheteur. Si l'acheteur a défendu seul à la poursuite dirigée contre lui et s'est laissé condamner, il peut agir ensuite par action principale contre le garant. C'est en prévision de ce dernier cas que l'article 1640 établit la règle suivante : « La garantie « pour cause d'éviction cesse lorsque l'acquéreur s'est laissé « condamner par un jugement en dernier ressort, ou dont « l'appel n'est plus recevable, sans appeler son vendeur, « si celui-ci prouve qu'il existait des moyens suffisants « pour faire rejeter la demande. » Cette disposition n'a rien que de parfaitement naturel [1].

Quel est le montant des réparations dues à l'acheteur évincé ? Il est variable, et le mode de fixation varie à son tour selon qu'il s'agit : 1° d'une éviction totale, ce qui se produit quand la chose vendue est enlevée tout entière à l'acheteur, — 2° d'une éviction partielle, ce qui se produit quand l'acheteur n'est évincé que d'une portion de la chose, — 3° de la garantie pour charges non déclarées, c'est-à-dire du cas où l'acheteur n'a pas la chose complète, en ce sens qu'il ne la possède que grevée de charges.

Reprenons les trois cas.

1. *Suprà*, p. 132 et 136.

Premier cas. — *Eviction totale.*

207. L'étendue de la réparation due est réglée, en cas d'éviction totale, par l'article 1630. Ce texte soulève d'assez nombreuses questions de détail, que nous laisserons de côté pour ne nous occuper que des notions générales.

A la rigueur, le droit commun aurait suffi. L'article 1630 n'est qu'un corollaire de l'article 1184[1]. Le vendeur, si l'acheteur est dépossédé de la chose entière, n'a pas rempli son obligation ; l'acheteur pourrait demander la résolution de la vente avec dommages-intérêts ; il a le droit de se faire indemniser et de conserver le bénéfice sur lequel il était autorisé à compter. Telle est la solution qui découlerait de l'article 1184, et c'est effectivement ce que décide l'article 1630.

Les restitutions que l'acheteur peut réclamer sont au nombre de quatre.

Premier chef de restitution.

208. L'acheteur peut exiger la restitution du prix s'il l'a payé (article 1630-1°). S'il ne l'avait pas payé, il repousserait la demande de paiement de ce prix par l'exception de garantie.

Il a droit à la restitution intégrale du prix, même si la chose ne vaut plus, au moment de l'éviction, ce qu'elle valait lors de la vente (article 1631). Il n'y a pas à distinguer, au cas de dépréciation, suivant que la chose a diminué de valeur par suite d'une baisse dans le cours des choses du même genre, par suite d'une circonstance spéciale à la chose, ou même par la négligence de l'acheteur, car il était autorisé à se croire propriétaire de la chose, et le vendeur ne saurait lui faire un reproche de sa négligence.

Donc le vendeur a droit à la restitution du prix intégral, quand même celui-ci excéderait la valeur actuelle de la chose.

Toutefois, l'article 1632 apporte une restriction à cette règle : « Si l'acquéreur a tiré profit des dégradations par lui « faites, le vendeur a droit de retenir sur le prix une somme « égale à ce profit. » Par exemple, il a fait des coupes importantes, ou détruit quelques bâtiments et vendu les matériaux de démolition. Du moment qu'il se fait restituer ce qu'il a déboursé, il est tout simple qu'il rende ce qu'il a reçu.

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 386 et suiv.

Cette restriction mise à part, la règle est formelle. Elle ne laisse pas de surprendre au premier abord, car elle conduit à ce résultat singulier que l'acheteur a parfois grand intérêt à être évincé. Il a acheté un immeuble cent mille francs ; par suite de dégâts survenus, l'immeuble ne vaut plus que soixante mille francs ; si l'acheteur a la chance d'être évincé, il a droit à cent mille francs.

209. On pourrait envisager l'action de l'acheteur d'une autre manière. On pourrait voir en elle une simple action en dommages-intérêts ; alors le préjudice résultant de l'éviction serait restreint à la valeur actuelle de la chose, et l'acheteur n'aurait droit qu'à cette valeur.

Cette conception n'est pas celle qui a prévalu. Le législateur a vu dans l'action en garantie non une action en dommages-intérêts, mais une répétition de l'indû, l'action en restitution d'une somme qui se trouve avoir été payée sans cause, par suite de ce fait que l'événement prévu ne se réalise pas.

Cette manière de voir est juridique, en définitive. La promesse du prix a eu pour cause la chose vendue ; cette promesse cesse d'être obligatoire quand l'acquisition n'est pas réalisée. S'il y a eu paiement, le prix doit être restitué comme ayant été versé sans cause (article 1376) [1]. En cas de vente faite *a non domino*, l'acheteur pourrait demander la nullité de la vente (article 1599), et, par conséquent, se faire rendre le prix ; en cas d'éviction par l'action hypothécaire, l'acheteur peut demander la résolution du contrat pour inexécution de l'engagement du vendeur (article 1184). La manière de voir du législateur est donc juridique. Mais cela ne veut pas dire qu'elle soit rationnelle [2].

210. Notons enfin qu'il faut joindre au prix les frais d'actes et autres que l'acheteur a payés par application de l'article 1593 (article 1630-4°) [3].

Deuxième chef de restitution.

211. L'acheteur peut exiger la restitution des fruits, dit

1. *Les contrats et les obligations*, p. 719 et suiv.

2. Dans le cas où la chose a diminué de valeur, l'acheteur a droit à la restitution du prix parce que l'action en garantie est une répétition de l'indû. Dans le cas d'augmentation de valeur, l'acheteur a droit à la valeur actuelle de la chose ; l'action en garantie devient une action en dommages-intérêts (*infrà*, p. 151). Finalement, les solutions admises sont tout à l'avantage de l'acheteur. Le système manque de logique.

3. *Suprà*, p. 126.

l'article 1630-2°, « lorsqu'il est obligé de les rendre au pro-« priétaire qui l'évince ».

Le texte suppose que l'acheteur est évincé par une revendication.

Etait-il de bonne foi, c'est-à-dire ignorait-il avoir acquis *a non domino*, il a fait les fruits siens comme possesseur de bonne foi (article 549) ; dès lors, n'ayant pas à les rendre au revendiquant, il ne saurait en demander la restitution au vendeur garant. Etait-il de mauvaise foi, c'est-à-dire savait-il qu'il avait acheté *a non domino*, il a dû rendre les fruits au revendiquant avec la chose même (article 549) ; dans ce cas, il peut, se retournant contre le vendeur garant, se faire restituer leur valeur par application de l'article 1630-2°. De sorte que l'acheteur évincé est, en toute hypothèse, assuré d'avoir les fruits de la chose depuis la vente jusqu'à l'éviction ; il les garde malgré l'éviction s'il a été de bonne foi, et se les fait restituer par le vendeur s'il a été de mauvaise foi.

L'article 1630-2° ne suppose que l'éviction par l'effet de la revendication. Mais la situation ne change guère s'il s'agit d'une expropriation par poursuite hypothécaire. Aux termes de l'article 682 du Code de procédure, les créanciers saisissants ont droit aux fruits de l'immeuble, qui sont distribués avec le prix de celui-ci, à partir de la transcription de la saisie ; c'est à dater de ce moment que l'acheteur peut se les faire restituer [1].

La règle de l'article 1630-2° est assez juste, en définitive. Le vendeur doit réparer le préjudice résultant de l'inexécution du contrat ; or l'acheteur, s'il n'avait pas été évincé, aurait bénéficié des fruits de la chose ; par conséquent, les fruits qu'il est obligé de rendre doivent lui être restitués.

212. Cependant notre texte soulève une difficulté. Il ne peut s'appliquer que si l'acheteur a été de mauvaise foi, puisque l'acheteur, s'il a été de bonne foi, n'a pas eu à rendre les fruits au propriétaire qui l'a évincé. Or un acheteur de mauvaise foi, qui a acquis sciemment *a non domino*, a t-il droit à la garantie en cas d'éviction ?

Au point de vue rationnel, on peut soutenir que non. Comment l'acheteur se plaindrait-il d'une situation dans laquelle il s'est placé en connaissance de cause et volontairement ?

1. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 27.

Au point de vue juridique, la même opinion peut se soutenir. Deux textes, en effet, semblent enlever tout droit à l'acheteur dans ce cas.

D'abord l'article 1599 : « La vente de la chose d'autrui est « nulle ; elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lors- « que l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui [1]. » Il semble donc que le droit aux dommages-intérêts disparaît si l'acheteur a acquis sciemment *a non domino*.

Ensuite l'article 1629 : « Dans le même cas de stipulation « de non-garantie, le vendeur, en cas d'éviction, est tenu « à la restitution du prix, à moins que l'acquéreur n'ait « connu, lors de la vente, le danger de l'éviction, ou qu'il « n'ait acheté à ses périls et risques. » Il semble donc que tout droit à la garantie disparaisse lorsque l'acheteur a connu le danger de l'éviction.

L'article 1630-2° n'est-il pas en contradiction avec les articles 1599 et 1629 ?

Non.

D'abord, il faut écarter l'article 1629. Il suppose que la vente a été conclue avec clause de non-garantie, ce qui est un cas spécial. Il ajoute que, dans ce cas, le vendeur reste tenu de restituer le prix, ce qui implique, l'obligation de restituer le prix étant une conséquence de la garantie, que la clause « sans garantie » n'écarte pas toute la garantie, et c'est à ce propos seulement qu'il ajoute, d'une façon subsidiaire, que même l'obligation de restituer le prix disparaît si l'acheteur a connu lors de la vente l'éventualité de l'éviction. Ainsi, pour que la restitution du prix cesse d'être due, deux conditions sont nécessaires ; il faut : 1° que l'acheteur ait su qu'il achetait *a non domino*, — 2° que la vente ait été faite sans garantie. La mauvaise foi de l'acheteur n'est donc envisagée ici que comme un élément susceptible d'étendre les effets de la clause de non-garantie ; dès lors, l'article 1629 n'a que faire dans le cas où la vente a été conclue conformément au droit commun, autrement dit avec garantie.

Quant à l'article 1599, il ne faut pas le regarder comme enlevant à l'acheteur de mauvaise foi tout recours contre le vendeur. Le droit qu'il lui retire est le droit à des dommages-

1. *Suprà*, p. 79.

intérêts ; le texte est formel. Or les réparations que l'acheteur évincé peut réclamer à titre de garantie, aux termes de l'article 1630, sont multiples ; il a droit de demander : 1° la restitution du prix, — 2° celle des fruits, — 3° les frais faits sur la demande en garantie de l'acheteur, et ceux faits par le demandeur originaire, — 4° des dommages-intérêts, ainsi que les frais et loyaux coûts du contrat. L'article 1599 écarte, en cas de mauvaise foi de l'acheteur, l'application du 4° de l'article 1630 ; mais il laisse subsister l'application des trois premiers numéros. Il est certain notamment que l'acheteur, même s'il a su qu'il achetait *a non domino*, a droit à la restitution du prix payé sans cause, à moins d'une stipulation de non-garantie ; on comprend très bien un acheteur s'exposant au risque prévu d'une éviction, mais sous réserve de se faire rembourser le prix si l'éviction vient à se réaliser. Rien, dès lors, ne s'oppose à ce que les fruits aussi soient restitués. En un mot, l'article 1599 retire à l'acheteur le droit à des dommages-intérêts, mais il laisse subsister tous les autres chefs de réparation dus à l'acheteur ; de sorte que, même en cas de mauvaise foi, l'acheteur a droit à la garantie. La seule conclusion qu'on puisse tirer de l'article 1599 est que l'une des réparations auxquelles il pourrait prétendre s'il était de bonne foi lui est enlevée.

Par conséquent, l'acheteur, même de mauvaise foi, à moins de clause de non-garantie, a droit à la restitution des fruits comme à celle du prix.

Telle n'est pas cependant l'interprétation commune. La plupart des interprètes rattachent les réparations que l'acheteur évincé peut réclamer par application de l'article 1630 à deux idées [1]. La restitution du prix (article 1630-1°) est une application de la *condictio indebiti*, car le prix se trouve avoir été payé sans cause. Quant aux restitutions autorisées par le 2°, le 3° et le 4°, elles se rattacheraient à l'idée de dommages-intérêts, le 2° et le 3° n'étant plus, dès lors, qu'une application du 4°. Dans ces conditions, quand l'acheteur a su qu'il achetait *a non domino*, il conserve bien le droit à la restitution du prix à moins de clause formelle de non-garantie, mais il ne peut plus invoquer les numéros 2, 3 et 4 de

1. Voy. Aubry et Rau, 4° édition, IV, p. 378, note 32, — Laurent, XXIV, p. 241.

l'article 1630, parce que l'article 1599 lui dénie tout droit à des dommages-intérêts.

Si l'on admet cette solution, — qui peut être conforme à une certaine manière d'envisager la situation, mais qui n'est certainement pas en harmonie avec les textes, — il faut, pour ne pas mettre l'article 1630-2° en contradiction avec l'article 1599, limiter l'application de l'article 1630-2° au cas où l'acheteur aurait été de bonne foi lors de la vente et aurait ensuite cessé de l'être. Aux termes des articles 549 et 550, il est alors comptable des fruits envers le revendiquant à partir du jour où il a cessé d'être de bonne foi; c'est de ces fruits, mais de ceux-là seuls que l'article 1630-2° l'autorise à demander la restitution au vendeur, et l'article 1599 ne s'y oppose pas.

Troisième chef de restitution.

218. L'acheteur a le droit de réclamer, dit l'article 1630-3°, « les frais faits sur la demande en garantie de l'acheteur et « ceux faits par le demandeur originaire ».

Le demandeur originaire, c'est le tiers qui, invoquant un droit sur la chose vendue, a évincé l'acheteur; la demande en garantie est celle qui est formée par l'acheteur évincé contre le vendeur. Les deux instances, greffées l'une sur l'autre, ont toutes deux occasionné des frais à l'acheteur garanti; il a figuré comme défendeur dans la première, comme demandeur dans la seconde. Il a le droit de se faire rembourser ces frais, qui sont une conséquence de l'éviction.

Si l'acheteur fait valoir son droit à la garantie par voie incidente, c'est-à-dire en appelant son garant en cause, le même jugement statuera sur la demande originaire et sur la demande en garantie; ce jugement fera masse des frais de l'instance, qui seront mis à la charge du vendeur garant Si l'acheteur fait valoir son droit par voie principale, il aura payé les frais de la demande originaire, puisqu'il y a succombé; le vendeur les lui remboursera, conjointement avec ceux de l'instance en garantie.

Dans ce dernier cas, toutefois, peut-être y a-t-il lieu de faire une réserve, qui semble résulter de l'article 1640. La règle en vertu de laquelle le vendeur rembourse les frais de la demande originaire conjointement avec ceux de l'instance en garantie s'applique, sans hésitation possible, aux frais du premier exploit, de l'exploit introductif de la de-

mande originaire. Mais n'y a-t-il pas, à l'égard des autres, une distinction à établir ?

Pothier décidait que le vendeur les doit seulement à compter du jour où il est appelé en garantie [1]. Autrement, disait-il, le vendeur pourrait être ruiné en frais à son insu et sans pouvoir l'empêcher ; peut-être aurait-il prévenu des procédures inutiles, soit par un acquiescement prudent, soit par une transaction.

L'article 2028 alinéa 2 pose une règle analogue en ce qui concerne le recours de la caution qui a payé la dette contre le débiteur principal [2].

Cette règle n'est pas reproduite en matière de vente. Mais l'article 1640 conduit au même résultat : le vendeur ne paiera pas les frais de l'instance originaire postérieurs à l'exploit introductif, s'il justifie que sa mise en cause eût permis de les éviter [3].

Quatrième chef de restitution.

214. Aux termes de l'article 1630-4°, l'acquéreur évincé a le droit de réclamer au vendeur « les dommages et intérêts, « ainsi que les frais et loyaux coûts du contrat ».

Les frais et loyaux coûts du contrat sont les frais d'actes et autres frais accessoires que l'acheteur a payés par application de l'article 1593 [4].

Quant aux dommages-intérêts, ils doivent être calculés conformément au droit commun de l'article 1149 et comprennent deux éléments : le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* [5].

En premier lieu, l'acheteur se fera rembourser le préjudice résultant du dérangement que l'éviction lui aura causé. Ce préjudice s'apprécie en fait. C'est le *damnum emergens*.

En second lieu, il se fera rembourser la plus-value de la chose au moment de l'éviction. C'est le *lucrum cessans*. Ce remboursement est dû alors même que la plus-value se serait réalisée indépendamment du fait de l'acquéreur (article 1633).

Le vendeur doit-il tenir compte à l'acheteur même de

1. *Traité de la vente*, partie II, chapitre I, n° 129.
2. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 95.
3. *Suprà*, p. 132, 136, 144.
4. *Ibid.*, n° 210.
5. *Les contrats et les obligations*, p. 285.

la plus-value résultant des circonstances qui n'ont pas pu être prévues lors du contrat? Pothier se prononçait pour la négative [1]. On peut invoquer en ce sens l'article 1150 : « Le débi- « teur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été « prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce « n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécu- « tée. » Mais il ne semble pas que cet article soit applicable à la vente ; en effet, l'article 1639 dit que « les autres ques- « tions auxquelles peuvent donner lieu les dommages et inté- « rêts résultant pour l'acquéreur de l'inexécution de la vente « doivent être décidées suivant les règles générales établies « au titre *Des contrats ou des obligations conventionnelles en* « *général* » ; or la question de savoir quel est le montant de l'indemnité due à l'acheteur est tranchée par l'article 1633 et ne peut être rangée parmi les « autres questions » dont parle l'article 1639 ; donc l'article 1150 est inapplicable et le seul texte à considérer est l'article 1633, lequel ne fait aucune distinction suivant que la plus-value a pu ou non être envisagée par les contractants au moment de la conclusion du contrat. En conséquence le vendeur doit indemniser l'acheteur de la plus-value dans tous les cas.

215. L'article 1634 ajoute : « Le vendeur est tenu de rem- « bourser ou de faire rembourser à l'acquéreur, par celui qui « l'évince, toutes les réparations et améliorations utiles qu'il « aura faites au fonds. »

Le texte dit : « de rembourser ou de faire rembourser ». Il y a des cas dans lesquels le propriétaire revendiquant doit rembourser la valeur des constructions faites dans la mesure établie par l'article 555 alinéa 3 : « Si les plantations, « constructions et ouvrages ont été faits par un tiers évincé, « qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits, « attendu sa bonne foi, le propriétaire ne pourra demander « la suppression desdits ouvrages, plantations et construc- « tions ; mais il aura le choix, ou de rembourser la valeur « des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, ou de rem- « bourser une somme égale à celle dont le fonds a augmenté « de valeur. » Le vendeur, mis en cause par l'acheteur, ou intervenant, peut conclure à ce que le demandeur originaire soit condamné à effectuer ce remboursement.

1. *Traité de la vente*, n° 133.

Toutefois l'article 1634 ne parle que des réparations utiles. Le vendeur a pu s'attendre à ce que l'acheteur améliore le fonds, conformément au penchant général des propriétaires. Les dépenses de pur luxe, au contraire, ne se présument pas et sont une perte pour qui les fait. Elles ne peuvent se répéter que dans le cas prévu par l'article 1635 : « Si le vendeur « avait vendu de mauvaise foi le fonds d'autrui, il sera obligé « de rembourser à l'acquéreur toutes les dépenses, même vo- « luptuaires ou d'agrément que celui-ci aura faites au fonds. » Ce texte ne fait qu'appliquer à la vente les articles 1150 et 1151 : le vendeur coupable de dol doit indemniser l'acheteur même du préjudice qui n'aurait pu être prévu lors du contrat[1].

La règle serait extrêmement simple, n'était la difficulté de distinguer les dépenses nécessaires, utiles et voluptuaires. Sans insister sur ce point, contentons-nous de donner l'idée générale suivante : les dépenses nécessaires sont celles qui contribuent à la conservation, les dépenses utiles celles qui contribuent à l'augmentation de valeur ; les dépenses voluptuaires sont les dépenses de pur luxe.

Deuxième cas. — *Eviction partielle.*

216. Les articles 1636 et 1637 sont relatifs à l'hypothèse de l'éviction partielle, ou éviction d'une partie de la chose vendue.

L'éviction partielle peut avoir, selon les cas, deux conséquences différentes.

D'abord, il se peut que la partie de la chose dont l'acheteur est évincé soit de telle importance, comparativement au tout, que le but envisagé par l'acheteur devienne irréalisable. Dans ce cas, la situation est la même que si l'éviction avait été totale ; conformément au droit commun, l'acheteur peut faire résilier la vente (article 1636). Cette résiliation n'est pas autre chose que la résolution de l'article 1184. Si l'acheteur la demande et l'obtient, l'éviction partielle aura abouti, en fait, à une dépossession totale ; il y aura lieu à garantie complète, et l'acheteur pourra se faire restituer, conformément à l'article 1630 : 1° le prix, — 2° les fruits, lorsqu'il aura été obligé de les rendre au propriétaire qui l'évince, — 3° les frais faits sur la demande en garantie de

1. *Les contrats et les obligations*, p. 285 et 286.

l'acheteur, et ceux faits par le demandeur originaire, — 4° les dommages et intérêts, ainsi que les frais et loyaux coûts du contrat.

En second lieu, il se peut que l'éviction partielle ne mette pas obstacle au but que l'acheteur s'est proposé, qu'elle le laisse réalisable. Dans ce cas, l'éviction reste bien réellement partielle.

Quand en est-il ainsi? Cela dépend des circonstances, et il appartient au juge d'apprécier en cas de désaccord.

Lorsqu'il en est ainsi, il ne peut plus être question de résiliation; la vente tient, et l'article 1630 n'est plus applicable. L'action en garantie se réduit à une simple action en dommages-intérêts, et l'article 1637 règle le montant de la réparation due: «...La valeur de la partie dont l'acquéreur se « trouve évincé lui est remboursée suivant l'estimation à « l'époque de l'éviction, et non proportionnellement au prix « total de la vente, soit que la chose vendue ait augmenté « ou diminué de valeur. »

« Non proportionnellement », dit le texte. Le vendeur ne rend pas à l'acheteur une somme qui soit au prix total comme la partie dont l'acheteur a été dépossédé est à la chose entière; il rend ce que vaut la partie enlevée au temps de l'éviction. D'où cette conséquence: si la chose vendue a diminué de valeur dans l'intervalle entre la vente et l'éviction, le vendeur se trouvera quitte en remboursant la valeur actuelle de la partie enlevée.

Tout autre est la règle en cas d'éviction totale. Même quand la chose a diminué de valeur, le vendeur doit rendre le prix primitif (article 1631)[1]. Ainsi un fonds a été vendu cent mille francs et il ne vaut plus que cinquante mille. Si l'acheteur est évincé de la totalité, on lui rendra cent mille francs et il n'aura qu'à se féliciter de l'éviction. S'il est évincé d'une partie qui représente le quart de la valeur du fonds, on lui rendra non pas vingt-cinq mille francs, mais douze mille cinq cents (article 1637).

La règle de l'article 1637 était celle du droit romain, même en cas d'éviction totale [2]. Le Code civil l'a écartée en cas d'éviction totale, mais maintenue en cas d'éviction partielle.

1. *Suprà*, p. 145.
2. Voy. le fragm. 70, Dig., *De evictionibus*, XXI, 2.

Pourquoi cette différence ? Elle tient, avons-nous dit déjà [1], à ce que la nature de l'action n'est pas la même dans les deux cas. Dans le cas de l'article 1631, c'est-à-dire en cas d'éviction totale, l'action en garantie est une action en restitution d'un prix compté sans cause ; c'est une *condictio indebiti*. Au contraire, dans le cas de l'article 1637, c'est-à dire en cas d'éviction partielle, la vente tient ; l'action en garantie n'est donc plus une *condictio indebiti*, mais une action en dommages-intérêts, tendant à la réparation du préjudice causé à l'acheteur par l'éviction, et ce préjudice est nécessairement égal à la valeur de la partie enlevée. Donc la règle de l'article 1637 s'explique juridiquement.

Il est même des cas où une règle différente ne se comprendrait pas. Supposons que l'éviction porte sur une part déterminée, divise. Le domaine vendu comprenait des terres bonnes, d'autres médiocres, d'autres stériles ; l'éviction peut porter sur les bonnes comme sur les mauvaises, et il faut bien alors évaluer spécialement la portion évincée.

C'est ce que disait Ulpien dans un texte qui forme le fragment 1, au Digeste, *De evictionibus* (XXI, 2), texte qui mérite d'être cité car beaucoup soutiennent qu'il faut s'en servir pour compléter la disposition de l'article 1637. En voici les termes : « *Sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emptor in venditorem ; sed cùm pars evincatur, si quidem pro indiviso evincatur, regressum habet pro quantitate evictæ partis. Quod si certus locus sit evictus, non pro indiviso portio fundi, pro bonitate loci erit regressus.* » Les mots *bonitas loci* signifient : la valeur de la partie enlevée ; *quantitas evictæ partis* veut dire : la proportion.

La règle est équitable et pratique. Il serait difficile d'agir autrement ; il faudrait faire une ventilation.

Toutefois, Ulpien établit une distinction que l'article 1637 ne reproduit pas. Il n'applique le recours *pro bonitate loci* qu'au cas d'éviction partielle *pro diviso*, d'éviction partielle d'un *locus certus*, autrement dit d'une partie déterminée. S'il s'agit d'une éviction partielle *pro indiviso*, le jurisconsulte estime qu'il faut régler l'indemnité *pro quantitate evictæ*

1. *Suprà*, p. 146, 149 et 154.

partis, c'est-à-dire l'évaluer à une fraction proportionnelle du prix total[1].

L'article 1637 est la reproduction d'une partie du texte d'Ulpien. Faut-il restreindre l'application de l'article au cas d'éviction partielle *pro diviso*, ou bien l'étendre à l'éviction partielle *pro indiviso*? La question présente un intérêt manifeste lorsqu'il y a eu diminution de valeur, car la solution diffère suivant qu'on fait intervenir l'article 1631 ou l'article 1637 ; elle est dépourvue d'intérêt si la valeur a augmenté, parce que le mode de calcul est le même dans les deux cas : il faut se placer au moment de l'éviction. La question est débattue. L'opinion générale est que l'article 1637 doit être appliqué non seulement au cas d'éviction partielle *pro diviso*, mais encore lorsque l'éviction partielle a eu lieu *pro indiviso*[2]. D'abord, le texte ne fait pas de distinction. D'autre part, cette solution est juridique ; en cas d'éviction totale, l'action en garantie est une répétition du prix payé sans cause, en cas d'éviction partielle l'action en garantie est une action en dommages-intérêts devant aboutir à une indemnité égale au préjudice causé[3]. Si l'article 1637 existait seul, la solution ne ferait aucun doute. On discute parce que le droit romain admettait une théorie différente. Mais nous ne sommes pas au temps d'Ulpien, et l'article 1637, qui ne fait pas de distinction, doit l'emporter sur un texte du Digeste qui en établit une.

217. Reste une dernière question : celle de savoir si toute éviction partielle donne lieu à la garantie.

D'après certains arrêts[4], l'éviction partielle ne donne lieu à garantie qu'au cas où elle suffirait à légitimer une demande en réduction de prix pour défaut de contenance (articles 1619 et 1626)[5]. Cette solution est difficile à justifier. Quelque minime que soit la portion enlevée, l'éviction altère les

1. Voici un exemple d'une éviction partielle *pro indiviso*. Une personne détient un héritage par succession, et le vend, se croyant seule héritière; puis un enfant naturel surgit et réclame sa part; il y a éviction dans la mesure de cette part.

2. *Sic* : Aubry et Rau, IV, p. 381, — Laurent, XXIV, p. 250.

3. *Suprà*, p. 146, 149, 154 et 155.

4. Colmar 19 avril 1837, sous Cass. 16 juin 1840, Dalloz, *Répertoire*, v° *Vente*, n°s 802 et 847, — Cass. 14 avril 1862, D. P. 1862.I.455, Sir. 1863.I.85, — Cpr. Vigié, *Cours élémentaire*, 1re édition, III, p. 399.

5. *Suprà*, p. 117 et 118.

conditions du contrat. Voilà la vérité, telle que l'avait nettement dégagée un arrêt de la Chambre civile du 14 janvier 1851 [1].

Troisième cas. — *Garantie des charges non déclarées.*

218. A vrai dire, il n'y a là qu'un cas particulier d'éviction partielle, soit que l'acquéreur d'un fonds se voie opposer, par suite de l'exercice d'une action confessoire, des servitudes non déclarées et par conséquent imprévues lors de la vente, soit que l'acquéreur d'un fonds supposé dominant voie lui échapper, par l'effet d'une action négatoire intentée contre lui, le bénéfice de servitudes déclarées qu'il croyait exister et sur lesquelles il comptait [2]. Ces deux hypothèses rentrent dans le cas d'éviction partielle, puisque, dans toutes deux, l'acquéreur se trouve partiellement évincé. Dans la première, l'immeuble est diminué jusqu'à concurrence de la charge imprévue résultant de la servitude passive ; dans la seconde, l'acheteur est dépossédé d'une servitude active qui formait un des éléments de la valeur du fonds.

L'article 1638 prévoit formellement la première. De même que l'éviction d'une partie du fonds, l'apparition de servitudes passives, de charges non déclarées, peut avoir deux conséquences, suivant les cas. Le texte porte : « Si l'héritage « vendu se trouve grevé, sans qu'il en ait été fait de déclara- « tion, de servitudes non apparentes, et qu'elles soient de « telle importance qu'il y ait lieu de présumer que l'acqué- « reur n'aurait pas acheté s'il en avait été instruit, il peut « demander la résiliation du contrat, si mieux il n'aime se « contenter d'une indemnité. » Ou bien l'apparition de la servitude équivaut à une éviction totale, et l'article 1630 devient applicable ; ou bien l'existence de la servitude n'a pas ce caractère, auquel cas la vente subsiste, et l'acheteur n'a droit qu'à une indemnité à calculer d'après les règles du droit commun, c'est-à-dire égale au préjudice souffert. Il y a là une question de fait, et une application pure et simple de la règle posée par l'article 1637 en matière d'éviction d'une partie du fonds [3].

1. D.P. 1851.I.91, Sir. 1851.I.103. — Cpr. Cass. 10 mars 1880, D. P. 1881. I. 210, Sir. 1881.I.301. — En ce sens : Marcadé, article 1626, n° 2, — Aubry et Rau, IV, § 355, p. 380, texte et note 39.
2. *Suprà*, p. 131, 138 et suiv.
3. *Ibid.*, p. 153 et 154.

Quant à la seconde hypothèse, elle n'est prévue par aucun texte spécial. L'article 1637 reste applicable. Or ce texte établit une distinction analogue à celle que formule l'article 1638.

En fin de compte, la garantie des charges actives et passives se règle de la même manière quant au montant de la réparation. Les articles 1637 et 1638 auraient pu être ramenés à une disposition unique.

219. Pour résumer les effets de la garantie, nous pouvons formuler les deux propositions suivantes.

Au regard du vendeur, la garantie est l'obligation qui lui incombe d'assurer à l'acheteur la possession paisible de la chose vendue. Pour assurer cette possession au vendeur, l'acheteur doit : 1° s'abstenir lui-même de le troubler, — 2° le défendre contre le trouble venant d'un tiers, — 3° réparer les suites d'une éviction consommée.

Au regard de l'acheteur, la garantie est le droit qui lui appartient d'exiger du vendeur que celui-ci lui assure la possession paisible. Il exerce ce droit : 1° par la voie de l'exception de garantie quand le vendeur lui-même est l'auteur du trouble, — 2° par voie d'action, soit incidente, soit principale, quand le trouble est le fait d'un tiers.

Tels sont les rapports de droit résultant de la garantie.

220. Pour achever de les décrire, ajoutons qu'ils ne s'arrêtent pas là, ou du moins qu'ils peuvent ne pas s'arrêter là. Le vendeur doit garantie non seulement à son acheteur, mais à tous les ayants-cause successifs de celui-ci ; réciproquement, l'acheteur a des droits non seulement contre son vendeur, mais contre les auteurs de celui-ci. De sorte que le recours en garantie de l'acheteur contre le vendeur, soit incident, soit principal, réfléchira souvent contre d'autres personnes et amènera des recours ultérieurs.

Actionné en garantie par l'acheteur, le vendeur, s'il a acquis la chose à un titre qui lui confère également un droit à la garantie, possède contre son auteur les droits que l'acheteur possédait contre lui ; dès lors, il agira en sous-garantie contre son propre auteur, puis ce dernier contre le sien, et ainsi de suite. C'est l'hypothèse que prévoit l'article 176 du Code de procédure, à propos de l'exception dilatoire de garantie : « Si le garant prétend avoir droit d'en appeler un

« autre en sous-garantie, il sera tenu de le faire dans le délai « ci-dessus, à compter du jour de la demande en garantie « formée contre lui ; ce qui sera successivement observé à « l'égard du sous-garant ultérieur. »

Si l'on remarque que l'action en garantie se prescrit par trente ans (article 2262), que les trente ans ne courent qu'à partir de l'éviction, c'est-à-dire à partir du moment où le trouble s'est produit (article 2257), on comprendra à quel point la filière peut s'allonger.

La question qui se pose est alors la suivante : jusqu'où va se développer la filière de ce recours ?

Deux événements peuvent la rompre.

1° Elle s'arrête à celui des auteurs précédents par le fait duquel s'est produit le désordre qui amène l'éviction et le recours qui en découle. Ce sera ou le propriétaire qui avait hypothéqué son immeuble et qui n'a pas payé sa dette, ou le non-propriétaire qui avait vendu la chose d'autrui. La responsabilité se fixe alors ; la filière du recours s'arrête, puisqu'on rencontre la personne responsable qui supporte les conséquences de son fait.

2° Ou bien la filière s'arrête à l'auteur qui détenait la chose en vertu d'un titre ne lui donnant pas droit à la garantie, par exemple un donataire à tout autre titre que la constitution de dot [1]. Ici encore, le garant n'étant pas garanti lui-même, la filière du recours est interrompue, puisque la responsabilité se fixe.

Hors ces deux cas, la prescription seule arrête la filière du recours.

221. A propos de cette répercussion de la garantie, une question s'est élevée. L'acheteur actuel, troublé ou évincé, peut-il agir directement, omettant les intermédiaires, contre celui des auteurs qui est finalement responsable ? Ou bien ne peut-il agir que contre son propre auteur, sauf à celui-ci à agir contre le sien, et ainsi de suite ? La question revient à savoir, en sens inverse, si le vendeur est garant seulement envers l'acheteur, envers son propre ayant-cause, ou s'il l'est en outre au regard des ayants-cause de celui-ci.

Il se peut que l'acheteur actuel évincé ait un intérêt très appréciable à pouvoir opter entre ces deux modes d'action. Faisons une hypothèse.

1. *Suprà*, p. 129.

Primus a vendu à *Secundus*, *Secundus* a revendu à *Tertius*; c'est *Tertius* qui est troublé ou évincé, et qui a droit d'appeler garant en cause ou d'exercer l'action en garantie. Il a le droit d'agir contre *Secundus*, son auteur et son garant. Il peut en outre et assurément, si *Secundus*, qui peut agir contre *Primus*, néglige de le faire, agir lui-même en invoquant l'article 1166, c'est-à-dire par voie d'action indirecte; mais ce qu'un créancier obtient en agissant contre le débiteur de son débiteur, au nom de celui-ci, par l'action indirecte de l'article 1166, reste le gage de la masse des créanciers[1]. Au contraire si l'on reconnaît à *Tertius* le droit d'agir contre *Primus* directement, non pas en faisant valoir les droits de *Secundus*, mais en exerçant un droit propre, il n'aura aucun compte à rendre aux autres créanciers de son garant. Le même intérêt se manifeste toutes les fois que se pose la question de savoir si une personne, agissant *omisso medio*, agit par une action directe lui appartenant personnellement, ou par une action indirecte, en exerçant les droits de son débiteur aux termes de l'article 1166. La concession de l'action directe vaut privilège au regard des créanciers de l'intermédiaire omis[2].

La jurisprudence reconnaît à l'acheteur, généralement au garanti, le droit d'agir non seulement contre son auteur direct, mais contre l'un quelconque des auteurs antérieurs, et cela par action directe[3]. Cela implique que le vendeur doit la garantie non seulement à l'acheteur, son ayant-cause direct, mais encore aux ayants-cause de celui-ci; en d'autres termes, le lien de droit existe entre chaque auteur et la filière des ayants-cause ultérieurs.

Cette manière de voir, quoique discutable, est consacrée par la jurisprudence. Elle se fonde principalement sur l'article 1615, aux termes duquel la personne qui aliène une chose transfère en même temps tous les droits qui lui appartenaient à l'occasion de cette chose. Vendre, c'est subro-

1. *Les contrats et les obligations*, p. 297.
2. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 198 et suiv.
3. Cass. 12 novembre 1884, D. P. 1885.I.357. Cet arrêt est intervenu à propos de la garantie des vices rédhibitoires; mais la question se pose de même dans tous les cas de garantie. — *Adde*: Bordeaux 11 janvier 1888, D. P. 1888. II.11, Sir. 1891.II.5, — Gand 12 juillet 1899, *Pasicrisie belge*, 1900.II.13 — cpr. Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 376, texte et note 26, — Laurent, XXIV, n° 229, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 359.

ger l'acheteur en son lieu et place, lui transporter tous les droits qu'on a ; du moment que le vendeur avait le droit éventuel d'agir contre son propre auteur, l'acheteur acquiert ce droit par l'effet de la vente ; c'est donc en vertu d'un droit qui lui est personnel, car il en est cessionnaire, qu'il peut agir contre l'auteur de son auteur ; s'il s'adresse à lui, *omisso medio*, il exerce son recours en vertu d'un droit propre et non par application de l'article 1166.

Toutefois, cette thèse se heurte à une objection. Si l'acheteur actuel, évincé, actionne son auteur immédiat, celui-ci peut à son tour agir en sous-garantie contre son propre auteur ; l'article 176 du Code de procédure est formel à cet égard. Comment concilier cette règle avec l'idée que le vendeur de la chose cède en même temps les actions qui lui compètent à propos de cette chose ? Il ne les cède pas, puisqu'il les conserve.

Il les cède éventuellement, peut-on dire, pour le cas où le cessionnaire en userait. Par conséquent, il peut les exercer, malgré la cession qu'il en a faite, si le cessionnaire n'en use pas.

Le raisonnement est admissible. Il faut en conclure que l'acheteur, même privé du droit à la garantie contre son vendeur par une clause spéciale de la convention, n'en a pas moins le droit d'agir contre le vendeur de son vendeur, en tant que cessionnaire des droits de celui-ci [1].

Seulement il est clair que l'acquéreur évincé ne peut réclamer du vendeur primitif actionné directement que le prix touché par ce vendeur dans la vente primitive (article 1630). *Primus* a vendu cent mille francs à *Secundus*, *Secundus* a revendu cent dix mille à *Tertius*, et *Tertius* est évincé. S'il exerce son recours contre son auteur, il obtiendra cent dix mille francs ; s'il intente directement son action contre le vendeur primitif, il ne pourra exiger de celui-ci que cent mille francs, car il agit comme cessionnaire des droits de son vendeur. L'acheteur est subrogé aux droits du vendeur dans la limite où ils appartenaient à celui-ci ; pour le surplus, il n'a d'action que contre son propre vendeur [2].

1. Cass. 7 mars 1854, Sir. 1856.I.221. — Cpr. Aubry et Rau, IV, p. 376 et 377, — Laurent, XXIV, n° 230, — Guillouard, *Vente*, I, n° 320.

2. *Sic*, Aubry et Rau, IV, p. 377, note 28, — Guillouard, I, p. 365, — Laurent, XXIV, p. 236, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 371 ; — Cass. 5 février 1845, D. P. 1845.I.153, Sir. 1845.I.420.

En conséquence, si les garants successifs sont solvables, l'acheteur évincé a tout avantage à agir contre son garant direct. C'est seulement au cas de risque d'insolvabilité qu'il aurait avantage à remonter de ce dernier à un garant antérieur.

§ 3. — Dans quelle mesure la convention, c'est-à-dire la volonté des parties, peut-elle modifier l'obligation de garantie, telle qu'elle est légalement établie ?

222. La garantie, telle que nous l'avons envisagée, soit comme obligation incombant au vendeur, soit comme droit appartenant à l'acheteur, est de la nature de la vente. L'expression est consacrée. Elle signifie que la garantie incombe au vendeur et profite à l'acheteur indépendamment de toute convention spéciale à cet effet, sans que les parties s'en soient expliquées ; en d'autres termes, elle est de droit. L'article 1626 est explicite à cet égard : « Quoique, lors de la vente, il « n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur, « est obligé de droit à garantir l'acquéreur... » La garantie est de la nature de la vente en ce sens qu'elle lui est légalement inhérente.

Mais si elle est de la nature du contrat, elle n'est pas de son essence. Cette expression est encore consacrée. Elle signifie que la garantie peut être modifiée, même écartée, par une clause du contrat.

Il y a cependant un minimum de garantie que la convention ne peut supprimer, et qui est considéré, dès lors, comme étant de l'essence du contrat. Ce minimum est fixé par les articles 1628 et 1629.

De sorte qu'il existe deux degrés de garantie.

D'abord la garantie de droit commun, plus simplement la garantie de droit ; l'expression est employée par l'article 1627. Cette garantie est celle que la loi admet et réglemente. Le vendeur en est tenu dans le silence du contrat.

Puis la garantie conventionnelle, c'est-à-dire la garantie de droit modifiée par la volonté des parties. On l'appelle quelquefois la garantie de fait. Il y a lieu de rechercher dans quelles limites la volonté des parties peut se mouvoir en ce qui la concerne.

223. L'article 1627 prévoit, dans cet ordre d'idées, trois

modifications possibles au droit commun : « Les parties « peuvent, par des conventions particulières, ajouter à cette « obligation de droit ou en diminuer l'effet ; elles peuvent « même convenir que le vendeur ne sera soumis à aucune « garantie. »

Première hypothèse.

224. Les parties peuvent ajouter à l'obligation de droit.

Cette clause est fréquente dans les ventes ou cessions de créance. La garantie, dans les cessions de créance, est régie par des règles particulières, qui sont posées par l'article 1693 : « Celui qui vend une créance, ou autre droit incorporel, doit « en garantir l'existence au temps du transport, quoi- « qu'il soit fait sans garantie. » Puis l'article 1694 ajoute : « Il ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y « est engagé, et jusqu'à concurrence seulement du prix qu'il « a retiré de la créance. » Voilà une clause qui ajoute à la garantie de droit commun.

Les clauses ajoutant à l'obligation de droit sont plus rares dans les ventes de meubles ou d'immeubles corporels. Elles peuvent toutefois s'y rencontrer. Par exemple, il pourra être convenu, si l'acheteur entend ne s'exposer à aucune difficulté imprévue, que le vendeur sera tenu des réparations dues aux termes de l'article 1630 par cela seul que l'acheteur sera troublé, sans attendre que l'éviction soit consommée[1].

Ainsi, le vendeur d'un immeuble s'est engagé par une clause formelle à garantir l'acquéreur contre l'existence de toute hypothèque. D'après le droit commun, tel qu'il résulte de l'article 1653, la découverte de l'hypothèque donne seulement à l'acheteur le droit de « suspendre le paiement du prix « jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux « n'aime celui-ci donner caution.... » ; elle ne lui permet pas, s'il a payé son prix, d'introduire une action contre le vendeur tant qu'il n'est pas effectivement troublé dans sa possession. Avec la clause spéciale dont nous venons de parler, l'acheteur peut agir contre son vendeur dès la découverte de l'inscription hypothécaire, sans avoir besoin d'attendre le jour où l'éviction viendra à se produire[2].

1. *Suprà*, p. 145.
2. Douai 5 avril 1886, *Le Droit* du 24 juin. — Cpr. *suprà*, p. 122 et 123.

Ou bien les parties conviennent que le vendeur garantira l'acheteur en cas d'expropriation. Cette éventualité ne rentre pas dans les faits qui donnent lieu à la garantie [1], à moins de clause formelle. Il est quelquefois utile d'étendre la garantie à cet égard au moyen d'une clause spéciale, afin de parvenir à vendre un immeuble dans de bonnes conditions.

Deuxième hypothèse.

225. Les parties peuvent restreindre la garantie de droit.

Cette hypothèse est plus fréquente que la précédente. Les parties, réglant les suites possibles d'évictions dont la cause est prévue, limitent l'étendue de la garantie.

Par exemple, je vends une chose que j'ai acquise sous réserve de rachat. Il sera convenu que si mon vendeur use de son droit l'acheteur évincé n'aura, pour toute garantie, que le remboursement du prix, sans les autres réparations prévues par l'article 1630.

Ou bien je stipule, en vendant un immeuble, que je ne serai pas garant des servitudes qui pourraient, à mon insu, grever l'immeuble.

Ou bien encore, en cédant un brevet d'invention, je stipule que je ne devrai pas garantie s'il est annulé [2].

Troisième hypothèse.

226. Les parties peuvent exclure la garantie, convenir que la vente est faite sans garantie.

Mais la question se pose, fort délicate, de savoir quels sont les effets de cette clause. C'est à ce propos qu'apparaît le minimum de garantie dont le vendeur ne peut s'affranchir, le minimum qui est en quelque sorte d'ordre public parce qu'il y aurait mauvaise foi à l'écarter, et qui doit être regardé, par suite, comme étant de l'essence de la vente [3].

La clause « sans garantie » n'entraîne pas toutes les conséquences que les termes de cette clause, pris à la lettre, semblent comporter. Sa portée pratique est restreinte, eu égard à ce que la formule employée pourrait faire croire. Elle est restreinte sous trois rapports.

1. *Suprà*, p. 136.
2. Paris 24 juillet 1868, sous Cass. 25 mai 1869, D. P. 1869.I.367, Sir. 1870.I. 13.
3. *Suprà*, p. 162.

Première restriction.

Elle est établie par l'article 1628 : « Quoiqu'il soit dit que « le vendeur ne sera soumis à aucune garantie, il demeure « cependant tenu de celle qui résulte d'un fait qui lui est « personnel ; toute convention contraire est nulle. »

Dès lors, nonobstant la clause l'obligation de garantie subsiste avec ses effets habituels. D'où les deux conséquences suivantes.

1° La clause « sans garantie » n'exonère pas le vendeur de l'obligation négative qui lui incombe de ne pas troubler l'acheteur ; la clause laisse intacte, au profit de l'acheteur, l'exception de garantie [1]. Le trouble, en effet, viendrait d'un fait personnel au vendeur ; malgré le principe de la liberté des conventions, la vente ne comporte pas une clause qui serait la négation de la bonne foi imposée au vendeur et constituerait un véritable piège.

2° La clause « sans garantie » laisse subsister l'obligation positive de défendre l'acheteur contre les tiers, ou de réparer le préjudice causé, lorsque le tiers qui évince tient ses droits du vendeur lui-même [2]. L'idée est la même ; le trouble viendrait d'un fait personnel au vendeur, et la vente ne comporte pas une clause qui serait la négation de ce que la bonne foi impose au vendeur.

Donc, en dépit de la clause « sans garantie », l'acheteur aura droit à tout ce que prévoit l'article 1630.

Voici quelques applications de la règle.

1° Le vendeur est marié ; ses biens sont grevés de l'hypothèque légale, et celle-ci vaut sans inscription. Il vend un de ses immeubles avec la stipulation « sans garantie », puis l'acheteur est poursuivi hypothécairement. Le vendeur est tenu à garantie, en dépit de la clause.

2° *Primus* vend un immeuble à *Secundus*, avec stipulation de non-garantie ; puis il vend le même immeuble à *Tertius*, qui fait transcrire son titre avant *Secundus* et qui, par conséquent, peut revendiquer utilement contre *Secundus*. Bien que la vente à *Secundus* ait été faite sans garantie, *Primus* n'en est pas moins tenu à garantie.

3° Il en est de même dans l'hypothèse, toute voisine de la

1. *Suprà*, p. 142.
2. *Ibid.*, p. 143 et 144.

précédente, que prévoit l'article 1141. *Primus* vend successivement à deux personnes le même objet mobilier ; aux termes de l'article 1141, celui des deux acquéreurs qui a été mis en possession est préféré à l'autre, encore que son titre soit postérieur en date. Même si l'acheteur sacrifié avait acquis la chose « sans garantie », le vendeur n'en serait pas moins tenu.

Dans tous ces cas, le vendeur est tenu nonobstant toute convention contraire. Dans tous, en effet, il y a mauvaise foi de la part du vendeur à laisser espérer à l'acheteur une possession paisible, quand il sait l'éviction inévitable par suite de faits émanant de lui-même. La clause serait déloyale qui déchargerait le vendeur d'une éviction dont il est lui-même cause ; une pareille clause serait un piège et dépasserait ce que la liberté des conventions autorise.

La garantie des faits personnels est de l'essence de la vente. Rien ne peut prévaloir contre la disposition de la loi qui l'impose.

Deuxième restriction.

Même en supposant que l'éviction ne procède pas d'un fait personnel au vendeur, mais d'un fait imputable aux précédents vendeurs ou propriétaires, le vendeur n'en doit pas moins la restitution du prix (article 1629)[1]. La clause de non-garantie ne l'exonère que des chefs de réparation autres que la restitution du prix ; il y en a quatre d'après l'article 1630[2], et le vendeur n'est exonéré que des trois derniers.

Cette règle est la conséquence de l'idée que l'obligation de rendre le prix est moins un effet de la garantie que l'application de l'article 1236, aux termes duquel ce qui a été payé sans cause est sujet à répétition[3].

Toutefois, cette seconde restriction aux effets apparents de la clause « sans garantie » n'est pas absolue comme la première. En effet, l'article 1629 est ainsi conçu : « Dans le même « cas de stipulation de non-garantie, le vendeur, en cas d'évic- « tion, est tenu à la restitution du prix, à moins que l'acqué- « reur n'ait connu, lors de la vente, le danger de l'éviction, « ou qu'il n'ait acheté à ses périls et risques. »

1. Cpr. *suprà*, 148.
2. *Ibid.*, p. 145.
3. *Ibid.*, p. 146, 149, 154 et 155.

Dans les deux hypothèses prévues par la fin du texte, le prix convenu et payé est moins l'équivalent de la chose acquise que de la chance de conserver cette chose.

Cela est évident quand l'acheteur déclare acheter à ses risques et périls. Il passe alors un contrat aléatoire. Il sait que le droit du vendeur est précaire ; cependant il achète, pour un prix qui est naturellement fixé en conséquence. Alors il n'y a pas même lieu à restitution du prix.

Cela est moins évident quand l'acheteur a simplement connu le danger de l'éviction. Aussi Pothier décidait-il que le prix doit être rendu dans ce cas [1]. L'article 1629 a écarté cette solution ; le législateur a considéré que les deux situations se valent, et, de fait, il n'y a pas entre elles de différence appréciable.

Troisième restriction.

Même quand la convention enlève à l'acheteur tout recours contre le vendeur, elle ne le prive pas de son recours contre les auteurs du vendeur, du chef de celui-ci [2].

Cette restriction se rattache à une observation qui a été faite précédemment [3]. Aux termes de l'article 1615, « l'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires » ; l'acquéreur est donc cessionnaire des droits de son vendeur. Ainsi le donataire, qui n'a pas recours *proprio nomine* contre le donateur, a recours contre les auteurs du donateur. De même, l'acquéreur qui a acquis « sans garantie », s'il ne peut pas recourir contre son vendeur, peut agir comme cessionnaire des droits de celui-ci contre ses auteurs [4].

§ 4. — La garantie est-elle divisible ou indivisible ?

227. Peu de questions ont soulevé d'aussi longues controverses dans l'ancien droit, même d'aussi ardentes disputes.

A l'heure actuelle, les dissentiments de doctrine se sont apaisés. On s'est avisé qu'ils tenaient en grande partie à ce que la question avait été posée en termes trop généraux ; des

1. *Contrat de vente*, n° 189.
2. En ce sens : Delvincourt, III, p. 370, — Duranton, XVI, p. 276, — Troplong, n° 429, — Aubry et Rau, IV, § 355, p. 376, — Laurent, XXIV, n° 230.
3. *Suprà*, p. 116 et 117.
4. Cass. 25 janvier 1820, Sir. 1820.I 215, — 7 mars 1854, Sir. 1856.I.221.

distinctions ont été proposées, puis acceptées; la jurisprudence a fini par se fixer, sauf en un point.

228. Voici dans quels termes la controverse se pose. Il s'agit de savoir ce que devient la garantie dans le cas où plusieurs personnes en sont tenues concurremment.

Cette situation peut se présenter dans deux cas: ou bien quand plusieurs covendeurs ont vendu conjointement une chose indivise entre eux, auquel cas ils sont tous garants, — ou bien en cas de décès d'un vendeur unique représenté par plusieurs héritiers ou successeurs, auquel cas ceux-ci sont tous tenus à garantie. Raisonnons sur cette dernière hypothèse; la solution donnée en ce qui la concerne s'applique également à l'autre.

Si le vendeur n'a laissé qu'un héritier, aucune difficulté ne s'élève. Que la garantie soit considérée comme divisible ou comme indivisible, les choses se passeront entre l'acheteur garanti et l'héritier unique du vendeur de la même façon qu'entre l'acheteur et le vendeur; la divisibilité n'a d'effet qu'en présence de plusieurs débiteurs: « L'obligation qui est « susceptible de division, dit l'article 1220, doit être exécutée « entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivi- « sible. La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs « héritiers.... »; à la condition, bien entendu, qu'ils soient plusieurs [1].

Supposons, au contraire, qu'il y a plusieurs héritiers.

Si l'obligation de garantie est considérée comme divisible, chacun des héritiers du vendeur en sera tenu pour la part qui lui incombe dans les obligations divisibles du défunt: « La divisibilité, continue l'article 1220, n'a d'application « qu'à l'égard de leurs héritiers, qui ne peuvent demander la « dette ou qui ne sont tenus de la payer que pour les parts « dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme repré- « sentant le créancier ou le débiteur. »

Si l'obligation de garantie est considérée comme indivisible, chacun des héritiers du vendeur sera tenu de la totalité de l'obligation. L'acheteur, troublé ou évincé, pourra s'adresser à l'un quelconque d'entre eux, comme il aurait pu s'adresser au vendeur lui-même; et l'héritier poursuivi comme garant, bien qu'il ne représente le vendeur que pour partie,

1. *Les contrats et les obligations*, p. 451.

n'en sera pas moins tenu de la totalité, à raison de l'indivisibilité. « Le principe établi dans l'article précédent, dit « l'article 1221, reçoit exception à l'égard des héritiers du « débiteur,.... 5° lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'en- « gagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin « qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des « contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partielle- « ment[1]..... » Mais le cohéritier condamné à payer seul la totalité de la dette a un recours en indemnité contre ses cohéritiers (articles 1221 *in fine* et 1225 *in fine*) ; en effet, l'indivision n'a d'influence qu'en ce qui concerne l'exécution de l'obligation, non en ce qui concerne le règlement définitif entre les débiteurs[2].

La question revient à savoir si l'obligation de garantie est ou non susceptible d'exécution partielle, divisée. Une obligation est divisible quand, à raison de la nature de son objet, elle peut être exécutée par fractions ; alors chacun des débiteurs n'est tenu de l'exécution que pour sa part. Une obligation est indivisible quand, à raison de son objet, elle ne peut être exécutée divisément ; alors chacun des débiteurs, bien qu'il ne doive que sa part, peut être poursuivi pour le tout, précisément parce que l'exécution divisée est impossible. C'est ce que dit l'article 1217[3].

Faisant application de cette idée à l'obligation de garantie, demandons-nous si cette obligation, à raison de son objet, comporte ou non une exécution divise.

229. Quel est l'objet de l'obligation de garantie ?

Posée de la sorte, en termes généraux, la question n'est pas susceptible de réponse. En effet, l'obligation de garantie est complexe ; elle se traduit, dans l'exécution, par diverses obligations distinctes ; or il se peut que chacune de celles-ci ait un objet différent et soit, par conséquent, de nature différente au point de vue qui nous occupe. C'est faute d'avoir fait cette analyse de l'obligation générale de garantie que les anciens auteurs ont erré ; c'est en y procédant avec plus de soin que la pratique est parvenue à se fixer.

L'obligation générale de garantie comprend trois obliga-

1. *Les contrats et les obligations*, p. 468.
2. *Ibid.*, p. 468 et 469.
3. *Ibid.*, p. 449 et suiv.

tions distinctes [1]. Le vendeur doit : 1° s'abstenir de troubler l'acheteur, obligation négative de ne pas faire, que l'acheteur fait valoir au moyen de l'exception de garantie, — 2° prendre la défense de l'acheteur quand celui-ci est troublé par un tiers, obligation positive de faire, que l'acheteur fait valoir en opposant au tiers l'exception dilatoire de garantie, — 3° réparer les conséquences de l'éviction consommée, obligation de donner, puisqu'elle consiste à payer la réparation due.

Donc l'obligation de garantie n'a pas un objet unique, mais des objets divers. En elle-même, on ne peut dire si elle est divisible ou indivisible ; c'est dans chacune de ses applications qu'il faut examiner cette question.

Voici quelle est la solution qui prévaut presque unanimement aujourd'hui. Sur deux des trois objets de la garantie tout le monde est d'accord ; sur le troisième seulement il subsiste quelques divergences.

230. L'obligation de garantie est certainement indivisible quand elle se présente sous sa forme positive, en tant qu'elle impose l'engagement de prendre la défense de l'acheteur. L'acheteur troublé peut appeler incidemment en cause un des héritiers du vendeur, ou l'un des vendeurs en cas de vente par plusieurs conjointement ; la personne appelée en garantie est tenue de défendre l'acheteur pour le tout, sauf à appeler elle-même en cause ses cohéritiers ou ses covendeurs (article 1225), pour qu'ils l'aident dans cette défense et lui fournissent les moyens d'y réussir.

En effet, le fait à accomplir n'est pas susceptible de division. Défendre l'acheteur est un fait indivisible ; on ne comprendrait pas une défense partielle, on ne présente pas pour partie des moyens à l'appui d'une défense, on ne soutient pas le tiers ou le quart d'un procès. Il est impossible qu'un des héritiers du vendeur défende pour partie, et chacun des héritiers se trouve tenu pour la totalité. Dès lors, l'obligation est elle-même indivisible. Les anciens auteurs s'accordaient sur ce point ; les auteurs modernes en font autant [2].

L'obligation est indivisible en elle-même, puisqu'elle a

1. *Suprà*, p. 141 et suiv.

2. Aubry et Rau, IV, § 355, p. 371, note 7, — Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 61 *bis* VI, — Laurent, XXIV, n° 213, — Guillouard, I, n° 340, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 367. — Cpr. Cass. 18 avril 1860, D. P. 1860. I.275, Sir. 1860.I.519, — 8 novembre 1893, D. P. 1894.I.417, Sir. 1894.I.401.

pour objet un fait qui ne peut être exécuté partiellement. Elle est indivisible dans ses résultats, puisqu'elle impose au défendeur actionné en garantie l'obligation de défendre l'acheteur[1].

Nous ne l'avons envisagée qu'au regard des débiteurs, des héritiers d'un vendeur unique. On pourrait l'envisager au regard des créanciers de la garantie, c'est-à-dire au regard des héritiers d'un acheteur unique. Chacun a l'action pour le tout. Quiconque est tenu, ne fût-ce que pour une part, peut être poursuivi pour le tout au cas d'indivisibilité ; quiconque est créancier, ne fût-ce que pour une part, peut agir pour le tout au cas d'indivisibilité. Non seulement on peut être poursuivi ou agir pour le tout, mais on doit ; l'indivisibilité met obstacle à l'exécution partielle, au point de vue soit de la demande, soit de la défense.

231. L'obligation de garantie est, au contraire, divisible quand elle a pour objet, par suite de l'éviction consommée, la réparation du préjudice causé à l'acheteur. Elle se présente alors sous la forme positive d'une réparation du préjudice résultant de l'éviction. C'est une obligation de donner, une obligation de somme d'argent.

Si l'héritier du vendeur appelé en garantie ne parvient pas à faire cesser le trouble, il ne peut être condamné que pour sa part à la restitution du prix et aux dommages-intérêts. L'acheteur exerce-t-il son action à l'effet de se faire défendre, il peut n'appeler qu'un des héritiers du vendeur. L'exerce-t-il à l'effet de se faire indemniser, il doit les appeler tous, ou du moins il ne peut obtenir de celui qu'il appelle seul que sa part[2]. Si l'acheteur a défendu seul à la demande originaire et recourt ensuite par voie de garantie principale, il ne peut agir contre chaque héritier du vendeur que pour sa part et portion.

En effet, l'obligation d'indemniser après éviction est entièrement distincte de celle de défendre ; c'est une obligation de donner, de payer une somme d'argent, ce qui est essentiellement divisible. Il est de principe que l'obligation indivisible de sa nature devient divisible quand elle se transforme en obligation de dommages-intérêts[3].

1. *Les contrats et les obligations*, p. 464.
2. Aubry et Rau, IV, § 355, p. 372, note 11.
3. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 456.

232. Reste le troisième cas. Quelle est la nature de l'obligation de garantie quand elle se présente sous sa forme négative, en tant qu'elle impose au garant de s'abstenir, c'est-à-dire lorsque l'acheteur la fait valoir au moyen de l'exception de garantie, en invoquant la règle « qui doit garantie ne « peut évincer » ?

La controverse s'est concentrée sur ce côté de la question. Elle subsiste encore à cet égard.

La jurisprudence regarde l'exception de garantie comme indivisible, au même titre que l'obligation à laquelle elle correspond. D'où il résulte que l'acheteur, troublé par l'un des héritiers du vendeur — et il faut en dire autant au cas de trouble par l'un des co-vendeurs, en cas de vente par plusieurs conjointement — peut opposer l'exception de garantie à l'auteur du trouble pour la totalité ; il peut le faire déclarer non recevable pour sa demande entière, et non pas seulement dans la mesure pour laquelle l'auteur du trouble représente le vendeur.

En effet, l'obligation dont le vendeur est tenu, obligation de s'abstenir, n'est pas susceptible de division. Il doit ne pas troubler l'acheteur. Quelque minime que soit la partie de l'objet pour laquelle l'acheteur est inquiété, il n'en est pas moins troublé dans sa paisible possession ; la possession est paisible ou elle ne l'est pas ; dès qu'elle cesse de l'être pour une partie quelconque, elle ne l'est plus du tout. Donc, l'obligation de ne pas troubler étant indivisible, aucun des héritiers du vendeur — ou aucun des co-vendeurs — ne peut troubler l'acheteur ; même en abandonnant ses prétentions dans la proportion de la part pour laquelle il est tenu de la dette, il ne satisferait pas à son obligation de ne pas troubler, puisqu'il n'en troublerait pas moins l'acheteur malgré cet abandon.

L'exception de garantie est indivisible en elle-même, puisqu'elle correspond à un fait négatif indivisible : celui de s'abstenir. Elle est indivisible dans ses résultats, en ce sens qu'elle engendre une fin de non-recevoir pour le tout.

233. Voici quelques applications de cette idée. Nous en signalerons quatre.

Première application.

234. Elle n'est guère que théorique. Une personne vend

un immeuble appartenant à l'un de ses héritiers ; elle meurt, laissant trois héritiers. Celui qui est propriétaire de l'immeuble peut-il le revendiquer ?

En tant qu'héritier, il est tenu à garantie. Il ne peut certainement pas revendiquer l'immeuble dans la mesure où il est garant ; il ne le peut pas davantage pour le surplus, car la garantie invoquée sous forme d'exception est indivisible.

Deuxième application.

235. Elle est beaucoup plus pratique. Le vendeur meurt ; l'un de ses héritiers avait hypothèque sur l'immeuble, soit qu'il eût été son tuteur, soit qu'il lui eût emprunté de l'argent. L'héritier, créancier hypothécaire, peut-il agir hypothécairement sur l'immeuble ?

Il ne le peut pas dans la mesure pour laquelle il est tenu de la garantie ; car, devant garantie comme héritier, il ne peut évincer comme créancier. Il ne le peut pas davantage pour le surplus ; car l'exception est indivisible. La qualité d'héritier, ou de garant, paralyse donc pour le tout celle de créancier hypothécaire [1].

Troisième application.

236. On s'est servi de l'idée d'après laquelle l'exception de garantie est indivisible pour rendre possible dans certains cas la vente de biens de mineurs sans remplir les formalités protectrices imposées par la loi.

Soit le cas suivant, que nous empruntons à une espèce sur laquelle la Cour de cassation a été appelée à statuer. Par suite de l'ouverture d'une succession, un immeuble appartient par indivis à une veuve et à ses deux fils ; c'était un immeuble dépendant de la communauté ayant existé entre cette femme et son mari défunt, et il appartient pour moitié à la veuve, pour l'autre moitié aux enfants. L'un des fils est mineur. La mère et les deux enfants co-propriétaires vendent l'immeuble à l'amiable, sans aucune formalité, la mère et le fils majeur se portant forts, au regard de l'acheteur, que le fils mineur ratifiera la vente quand il aura atteint sa majorité [2]. Ils s'engagent d'ailleurs, comme ven-

1. Cass. belge 5 juin 1856, D. P. 1856.II.209 et la note.
2. Voy. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 503.

deurs, en ce qui les concerne, à garantir l'acheteur de tout trouble et éviction. Puis la mère meurt ; le fils qui était mineur lors de la vente peut-il demander la nullité de cette vente comme ayant été faite sans les formes voulues? Non. Il est héritier de sa mère et, à ce titre, tenu à garantie comme celle-ci l'était elle-même. Il ne peut pas demander la nullité dans la mesure où il a succédé à sa mère ; c'est certain, puisque celui qui doit garantie ne peut évincer. Il ne peut pas davantage la demander pour le surplus, à cause du caractère indivisible de la garantie exercée sous forme d'exception. L'acheteur a droit à la possession paisible ; un trouble, fût-il partiel, empêcherait sa possession d'être paisible ; par conséquent, l'acheteur a un droit égal et complet contre tous les garants ; d'où il suit, en ce qui concerne le mineur, que sa qualité d'héritier du garant paralyse le droit qui lui appartient comme propriétaire en état de minorité[1].

Alors, au moyen d'une obligation de garantie contractée par une personne dont un mineur est héritier présomptif, on va pouvoir tourner toutes les règles établies dans l'intérêt des mineurs. La conséquence est grave assurément. Pour que le mineur conserve son droit comme mineur, dans le cas prévu, il aurait fallu qu'il renonçât à la succession de sa mère.

De la vente, on a étendu le même procédé aux autres actes intéressant le mineur, notamment au partage. La loi veut que le partage, quand il y a des mineurs en cause, soit fait dans la forme judiciaire (article 819)[2]. Au mépris de la loi, on le fait à l'amiable ; et une personne, dont le mineur est héritier présomptif, se porte garante qu'il le ratifiera. Cette personne meurt, le mineur lui succède. Peut-il demander la nullité du partage ? Non, car qui doit garantie ne peut évincer ; sa qualité d'héritier du garant paralyse les droits qui lui compètent comme mineur.

Bref, en créant une obligation de garantie dans des conditions telles que le mineur doive y succéder, on rend inattaquables des actes irréguliers faits à son préjudice. En se portant garant qu'un incapable n'usera pas de ses droits, si

1. Cass. 14 décembre 1868, D. P. 1869.I.222, Sir. 1869.I.126. — Cpr. Cass. 18 avril 1860, D. P. 1860.I.275, Sir. 1860.I.519.

2. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 501.

l'incapable succède à celui qui s'est porté fort pour lui, on arrive, grâce à l'indivisibilité de l'exception de garantie, à éluder toutes les règles protectrices des incapables. Qu'on puisse se porter fort pour autrui, ce n'est pas douteux (article 1120)[1] ; que l'héritier succède aux obligations de son auteur, c'est également certain ; dès qu'on admet l'indivisibilité de l'exception de garantie, la logique impose d'aller jusqu'aux solutions signalées.

237. Le résultat est logique, mais peu satisfaisant. Aussi, ne laissons-nous pas d'avoir quelques doutes sur l'exactitude de ces déductions, qui conduisent de la théorie de la garantie au sacrifice du droit des mineurs.

Notons, d'ailleurs, que le subterfuge imaginé par la pratique n'offre pas une sécurité absolue. Du vivant de celui qui s'est porté garant, le mineur ou son représentant peut attaquer la vente ou le partage, sauf recours du garanti troublé contre le garant. C'est seulement après la mort du garant que l'action du mineur est paralysée, puisqu'il a succédé aux obligations du garant, à moins qu'il ne renonce à la succession.

Quatrième application.

238. La jurisprudence fait application des mêmes idées pour régler la situation de la femme mariée en cas d'aliénation d'un de ses biens, notamment d'un de ses immeubles, par le mari. De toutes les applications de l'indivisibilité de l'exception de garantie celle-ci est la plus célèbre, la plus anciennement signalée.

239. Voici l'hypothèse.

Sous aucun régime matrimonial le mari n'a qualité pour aliéner les immeubles propres de la femme, à moins qu'il ne soit autorisé par elle et ne figure, dès lors, à la vente comme son mandataire. L'article 1428 alinéa 3 est formel en ce qui concerne le régime de communauté : le mari « ne peut « aliéner les immeubles personnels de la femme sans son « consentement » ; l'idée doit être généralisée.

Si le mari, excédant son droit, a disposé d'un propre de sa femme, qu'advient-il de la vente ? Elle est nulle, puisqu'elle a été faite *a non domino* (article 1599). Donc

1. *Les contrats et les obligations*, p. 575 et 576.

la femme, en principe et sauf certaines réserves possibles à raison de points de vue particuliers, peut revendiquer son immeuble aux mains de l'acheteur, en quelques mains qu'il soit. Ce premier point n'est pas douteux [1].

Il en est un autre également certain. La femme n'est pas obligée d'exercer son droit de revendication. Ce qui manquait à la vente pour être valable, c'était le consentement de la femme ; elle peut le donner après coup, car la nullité de la vente de la chose d'autrui est susceptible de se couvrir [2]. La femme pourrait alors agir contre son mari en réparation du préjudice résultant pour elle de la vente.

Mais supposons qu'elle veuille revendiquer. Le peut-elle ? Une foule de distinctions doivent être faites.

240. Sous les régimes exclusifs de communauté, la question ne fait pas doute. La femme est propriétaire ; à aucun titre elle n'est tenue des obligations du mari ; donc son droit est complet. Si elle en use, l'acheteur évincé agira contre le vendeur garant, c'est-à-dire contre le mari.

Sous le régime dotal, la femme ne peut pas agir tant que dure le régime ; car il est de principe que l'exercice des actions dotales appartient non à la femme, mais au mari (article 1549). Le mari, lui, peut agir. Sans doute il est garant ; seulement il n'agit pas en son nom, mais au nom de la femme, et alors l'exception de garantie ne lui est pas opposable. L'article 1560, qui est spécial au régime dotal, le dit expressément. L'article 2256-2°, qui est commun à tous les régimes, le suppose ; du moment qu'on suspend la prescription au profit de la femme, c'est qu'elle peut agir, elle ou son représentant.

Donc rien de particulier sous les régimes exclusifs de communauté.

241. Mais supposons les époux mariés sous le régime de communauté. C'est alors que les difficultés apparaissent.

Tant que dure la communauté, le droit de la femme est intact. Elle est restée propriétaire, puisque l'aliénation faite par le mari est *res inter alios acta* quant à elle ; elle

1. Nous raisonnons en supposant qu'il s'agit d'un immeuble propre. La question se poserait dans les mêmes termes s'il s'agissait d'un meuble propre dont la revendication fût possible.

2. *Suprà*, p. 81.

n'est tenue à aucun titre des obligations du mari ; donc la revendication est possible. L'action sera exercée par le mari si la femme le charge d'agir ; elle pourra aussi être exercée par la femme elle-même autorisée du mari. Mais la femme peut-elle exercer l'action avec l'autorisation de justice ? Peut-elle exercer malgré le mari une action qui va réfléchir contre lui ? Quoi qu'en disent certains auteurs[1], il ne paraît guère possible d'en douter, étant donné l'article 2256-2° ; du moment qu'il suspend la prescription en pareil cas, cela prouve bien que la femme peut agir.

Donc, tant que la communauté dure, rien ne compromet le droit de propriété de la femme et la revendication qui en résulte.

En est-il de même une fois que la communauté est dissoute ?

Il y a un cas qui ne fait pas doute : celui où la femme renonce à la communauté. Elle peut assurément agir, car elle est propriétaire, et les obligations du mari lui restent étrangères aux termes de l'article 1494 ; sauf à l'acheteur troublé ou évincé à agir en garantie contre le mari vendeur ou contre ses héritiers ; l'article 2256-2° continue de s'appliquer.

Mais que décider si la femme accepte la communauté ?

La femme peut certainement agir dans le cas où le mari a vendu l'immeuble comme immeuble de la femme et sans garantie. En effet, l'acheteur n'a pas droit alors à la garantie et peut seulement répéter son prix.

La difficulté apparaît si le mari a vendu l'immeuble comme sien et se trouve, par suite, garant. Elle vient de ce que l'obligation du mari est tombée en communauté. Si la femme accepte, ne va-t-elle pas être regardée comme tenue pour moitié de l'obligation de garantie dont était tenu le mari vendeur, et être repoussée par l'exception de garantie ?

242. La controverse est ancienne et célèbre.

a) Les uns reconnaissent à la femme le droit de revendiquer l'immeuble en totalité, sauf à contribuer pour moitié aux

1. Aubry et Rau, 4e édition, V, p. 349, — Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, II, n° 913, p. 206. — Cpr. Chambéry 6 mai 1885, D. P. 1886.II.33, Sir. 1887.II.177, — Cass. 8 novembre 1893, D. P. 1894.I.417. — Voy. sur cette question Laurent, XXII, p. 163 et suiv., p. 168, — XXXII, p. 80, — et Planiol, *Traité élémentaire*, 1re édition, III, nos 1050 et suiv.

réparations qui sont dues à l'acheteur évincé par application de l'article 1630. Ce système était admis par la plupart des anciens auteurs [1]. Plusieurs auteurs modernes le soutiennent [2]. Et voici quel est le raisonnement au moyen duquel ils essaient de le justifier. L'obligation de garantie, disent-ils, est personnelle au vendeur, c'est-à-dire au mari ; ce qui tombe en communauté, ce n'est pas l'obligation de garantie, ce sont les conséquences pécuniaires que cette obligation entraîne, autrement dit l'obligation de réparer les suites de l'éviction ; la femme peut donc revendiquer, sauf à contribuer à cette réparation.

L'argumentation est inexacte. Toute obligation contractée par le mari tombe en communauté, l'obligation de faire comme celle de donner, comme celle de s'abstenir ; pourquoi donc l'obligation de garantie, sous ses trois formes, n'y tomberait-elle pas ? D'autre part, si elle y tombe, comment la femme, quand elle accepte la communauté, n'en serait-elle pas tenue ?

b) D'autres admettent que l'obligation de garantie est une dette de communauté, ce qui n'est pas contestable, mais que l'exception de garantie est divisible ; ils en concluent que la femme peut exercer la revendication pour moitié, car elle n'est tenue que pour moitié des dettes de communauté (article 1482) [3]. L'obligation de garantir, dit-on, se rattache à celle de livrer, la garantie est une délivrance continuée ; or l'obligation de délivrer est divisible, puisqu'elle a pour objet la chose vendue ; donc l'obligation de garantie a le même caractère.

Mais il faut répondre qu'il y a erreur à vouloir assimiler ces deux obligations de délivrance et de garantie, qui sont profondément différentes.

c) Enfin, dans un troisième système, on admet à la fois et que l'obligation de garantie est une dette de communauté, et que cette obligation est indivisible. Dès lors, le droit de re-

1. Gui Coquille, *Questions et réponses*, n° 105, — Ferrière, *Coutume de Paris*, article 226. — Pothier admet cette opinion dans son *Traité de la communauté* (n° 253), après en avoir admis une autre dans son *Traité de la vente* (n°s 179 et 180).

2. Duranton, XIV, n° 321, — Aubry et Rau, V, p. 347, texte et note 24, — Labbé, *Revue pratique*, XL, p. 186, — Flurer, note dans D. P. 1886. II. 33.

3. Marcadé, article 1428, n° 3, — Laurent, XXII, n°s 155 et 156, — Troplong, *Contrat de mariage*, II, n°s 732 et 733, — *Vente*, I, n° 463.

vendication de la femme se trouve entièrement paralysé [1]. La femme peut exercer un recours contre le mari, puisqu'il existe à la charge de celui-ci un fait illicite engageant sa responsabilité ; mais l'exception de garantie protège complètement le tiers acheteur.

On ne saurait citer un exemple plus frappant de la répercussion que les principes peuvent avoir et des résultats auxquels la logique peut conduire dans les déductions juridiques.

243. Telles sont les quatre principales applications de l'idée d'après laquelle l'exception de garantie est indivisible. L'indivisibilité de l'exception de garantie a ainsi les conséquences indirectes les plus inattendues ; elle arrive à paralyser les droits les plus certains, même le droit de propriété.

SECTION III. — La garantie des vices cachés ou rédhibitoires.

244. La possession paisible de la chose vendue n'est pas le seul objet de l'obligation de garantie. Le vendeur doit, en outre, aux termes de l'article 1625, garantir « les défauts ca« chés de cette chose ou les vices rédhibitoires ».

La nature et les effets de cette deuxième espèce de garantie sont réglés, d'abord, par les articles 1641 à 1649, qui constituent le droit commun à cet égard et sont applicables dans les ventes de meubles ou d'immeubles en général. Puis ils sont réglés par diverses lois postérieures au Code civil et spéciales aux ventes et échanges d'animaux domestiques : lois du 20 mai 1838, du 2 août 1884, du 31 juillet 1895 et du 23 février 1905. Les lois de 1884 et de 1905 font partie intégrante du futur Code rural [2] ; en attendant qu'il soit complet, elles existent comme lois spéciales [3].

1. Demante et Colmet de Santerre, VI, n° 71 *bis* XIV et suiv., — VII, n° 61 *bis* VI et VII. — Cpr. Cass. 14 janvier 1840, Sir. 1840. I. 569, — Cass. belge 5 juin 1856, D. P. 1856. II. 209.

2. Voy. *Introduction, explication du titre préliminaire du Code civil*, p. 37 et 38. Depuis la publication du volume qui vient d'être cité, plusieurs lois nouvelles contenant des parties du futur Code rural ont été promulguées : lois du 8 avril 1898, sur le régime des eaux, — du 21 juin 1898, sur la police rurale (voy. *Les contrats et les obligations*, p. 805), — du 25 juin 1902, sur le bail emphytéotique, — du 14 janvier 1905, modifiant la loi du 21 juin 1898.

3. Le législateur de 1884, modifiant à beaucoup d'égards la loi de 1838, a

La matière de la garantie des vices rédhibitoires présente un grand intérêt pratique. Mais le sujet n'en est pas moins banal ; les questions de vices rédhibitoires, comme celles de murs mitoyens, ont une réputation de vulgarité aussi répandue que méritée.

Sans insister outre mesure, nous fournirons quelques indications indispensables sur les deux questions suivantes. 1° Quels sont les défauts qui, dans une chose vendue ou échangée, constituent des vices rédhibitoires ? — 2° Quels effets l'existence d'un vice rédhibitoire a-t-elle sur la vente ou sur l'échange?

§ 1. — Quels sont les défauts qui, dans une chose vendue ou échangée, constituent des vices rédhibitoires ?

245. On appelle vices rédhibitoires certains défauts de la chose vendue. Leur nom vient de ce qu'ils autorisent l'acheteur à faire reprendre la chose au vendeur, en se faisant restituer le prix si le prix a été payé. *Redhibere* signifie faire reprendre : *Redhibere*, dit Ulpien, *est facere ut rursus habeat venditor quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata, quasi redditio* [1].

Tel est l'effet direct des vices rédhibitoires. Toutefois, cet effet n'est pas le seul. En effet, l'article 1644 donne à l'acheteur, en cas de vice rédhibitoire, le choix entre deux partis : ou bien l'annulation, qu'il peut poursuivre au moyen de l'action dite rédhibitoire, et qui amène la restitution totale du prix en même temps que la reprise de la chose, — ou bien la simple réduction du prix, qu'il peut poursuivre au moyen de l'action dite en réduction du prix, ou action *quanti minoris*.

246. Mais n'anticipons pas sur la matière des effets que produit la survenance d'un vice rédhibitoire. La question qu'il convient d'examiner d'abord est de savoir quand un défaut de la chose vendue devient un vice rédhibitoire.

cru préférable de l'abroger en entier et de reproduire les dispositions qu'il en conservait. Pour la comparaison de ces deux lois, comme en ce qui concerne la comparaison de la loi de 1884 avec celle de 1895, on peut consulter utilement les notices et les notes qui y sont consacrées dans l'*Annuaire de législation française* publié par la *Société de législation comparée*, 4e année (1885), p. 189 et suiv., — 15e année (1896), p. 156 et suiv.

1. Fragm. 21, princ., Dig., *De aedilitio edicto*, XXI,

Avant de répondre à cette question, il importe de présenter trois observations préliminaires qui faciliteront la solution.

Première observation.

247. L'action rédhibitoire ne doit être confondue ni avec l'action en nullité pour erreur ou pour dol, ni avec l'action en rescision pour lésion, bien qu'elle ait des affinités avec chacune d'elles.

248. En premier lieu, elle ne doit pas être confondue avec l'action en nullité pour erreur (article 1110). Elle s'en rapproche ; mais elle est à la fois et plus large et plus étroite à certains égards.

D'une part, elle est plus large. En effet, l'article 1109 ne regarde l'erreur comme une cause de nullité que quand elle porte sur la substance [1]. Or l'article 1641 admet l'action rédhibitoire pour les vices qui rendent la chose impropre à l'usage auquel l'acheteur la destinait, — pour les vices qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur n'aurait pas acquis la chose s'il les avait connus,— pour les vices qui sont tels que l'acheteur, s'il les avait connus, aurait payé la chose moins cher. Il n'est pas nécessaire que les défauts de la chose en altèrent la substance.

D'autre part, l'action rédhibitoire est plus étroite que l'action en nullité pour erreur. En effet, ce qu'on appelle substance, pour l'application de l'article 1109, c'est la qualité de la chose que les parties ont eue spécialement en vue et dont la prévision a déterminé le consentement [2]. Toute qualité peut être substantielle ; cela dépend des circonstances. Il se peut, dès lors, qu'un défaut découvert ultérieurement soit de nature à motiver l'action en nullité pour erreur, alors qu'il ne constituerait pas un vice rédhibitoire. C'est ce qui est journellement admis dans les ventes d'animaux domestiques ; il n'y a pas lieu à action rédhibitoire, mais il y a place pour l'application de l'article 1109 si la qualité a été prise comme substantielle [3].

1. *Les contrats et les obligations*, p. 57.
2. *Ibid.*, p. 58 et suiv.
3. Voy. une application de ce principe dans un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 30 novembre 1882 (*La Loi* du 25 décembre). Il s'agissait, en l'espèce, d'un cheval qui avait été acheté au Tattersal, sur la foi d'une affiche qui le représentait comme « un magnifique cheval de chasse, sauteur

249. En second lieu, l'action rédhibitoire ne doit pas être confondue avec l'action en nullité pour dol (article 1116)[1]. En effet, l'action rédhibitoire n'implique pas l'existence de manœuvres frauduleuses de la part du vendeur. La preuve en est dans l'article 1643 : « Le vendeur est tenu des vices ca-« chés, quand même il ne les aurait pas connus.... » Dans ce cas, en effet, le vice rédhibitoire n'en est pas moins préjudiciable à l'acheteur. C'est ce que disait déjà Ulpien : *Neque enim interest emptoris cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate*[2]. Toutefois, l'article 1643 ajoute une réserve : « A moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera « obligé à aucune garantie. » Si le vendeur stipulait la non-garantie connaissant les vices, la clause serait nulle comme déloyale ; cette solution est analogue à celle que consacre l'article 1628[3].

250. Enfin, l'action rédhibitoire ne doit pas être confondue avec l'action en rescision pour lésion (articles 1674 et suivants)[4]. En effet, c'est ici l'acheteur qui se plaint ; or, aux termes de l'article 1683, « la rescision pour lésion n'a pas lieu en « faveur de l'acheteur ». D'autre part, il est indifférent, pour l'exercice de l'action rédhibitoire, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles et que le préjudice soit plus ou moins important, double considération dont il faut, au contraire, tenir compte en matière de rescision pour lésion.

251. Donc, pour qu'il y ait lieu à l'action rédhibitoire ou à l'action *quanti minoris*, il n'est besoin ni qu'il y ait erreur, ni qu'il y ait dol, ni qu'il y ait lésion, au sens spécial de ce dernier mot en matière de vente. L'action est spéciale et ne se confond avec aucune autre.

Deuxième observation.

252. Dans certaines ventes, l'action rédhibitoire est écartée ; la garantie à raison des vices rédhibitoires n'est pas due par le vendeur, et l'acheteur n'y a pas droit. Il en est ainsi, aux ter-

« remarquable ». A la suite d'une expertise, il fut reconnu que l'animal n'avait aucune des aptitudes annoncées lors de la vente. Le tribunal a prononcé pour ce motif l'annulation du contrat, bien que le cheval ne fût atteint d'aucun vice rédhibitoire.

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 75 et suiv.
2. Fragm. 1 § 2, Dig., *De aedilitio edicto*, XXI, 1.
3. *Suprà*, p. 165.
4. *Ibid.*, p. 86 et suiv.

mes de l'article 1649, « dans les ventes faites par autorité de « justice ». La jurisprudence interprète ces mots comme comprenant uniquement les ventes qui ne peuvent être faites que par autorité de justice [1] ; en d'autres termes, elle décide que l'article 1649 doit être entendu dans le même sens que l'article 1684 relatif à la lésion [2].

Les ventes qui ne peuvent être faites que par autorité de justice sont les suivantes : 1° les ventes sur saisie, ou ventes publiques forcées, — 2° les ventes publiques volontaires, pour lesquelles la loi exige l'emploi des formes judiciaires quand les parties veulent y procéder : ventes de biens de mineurs, ou de biens dépendant d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, ventes d'immeubles dotaux dans le cas de l'article 1558.

253. Pourquoi l'exception établie par l'article 1649 en ce qui concerne ces ventes ? Il n'en existe pas de motif vraiment décisif.

On a considéré que, dans ces ventes, l'officier public chargé d'y procéder — et cet officier diffère selon qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles — n'a pas intérêt personnel à préconiser les qualités de la chose vendue, à en dissimuler les défauts. En outre, ces ventes sont précédées d'un examen plus attentif.

On a considéré, d'autre part, qu'il y a concurrence dans les ventes dont il s'agit. Les enchérisseurs s'avertissent les uns les autres ; ou bien l'absence d'enchérisseurs est un avertissement que la chose a peu de valeur.

Enfin, le législateur a eu particulièrement en vue la vente sur saisie. Or la vente sur saisie doit avoir lieu à tout prix pour payer les créanciers ; s'ils étaient obligés de reprendre la chose au cas de survenance d'un vice rédhibitoire, il faudrait revenir sur les distributions faites, ce qui créerait d'inextricables embarras.

Troisième observation.

254. Dans certaines ventes, la loi a pris soin d'indiquer

1. Pau 27 novembre 1867, Sir. 1868. II.10, — Paris 21 juin 1870, D. P. 1871. II.42, Sir. 1870.II.207, — Lyon 11 janvier 1883, D.P.1884.II.147. — Cpr. Aubry et Rau, 4e édition, IV, § 355 *bis*, p. 389, texte et note 14, — Guillouard, *Vente*, I, p. 464 et 465.
2. *Suprà*, p. 92.

les défauts qui peuvent être considérés comme vices rédhibitoires. Il en est ainsi dans les ventes ayant pour objet certains animaux domestiques énumérés par les lois déjà citées de 1838, 1884, 1895 et 1905.

Quels sont les animaux domestiques visés par ces lois? La loi de 1838 visait les animaux des trois espèces chevaline, bovine et ovine. La loi de 1884 a écarté l'espèce bovine et a étendu ses dispositions à l'espèce porcine. La loi de 1895, modifiant à son tour la loi de 1884, ne s'occupe plus que des espèces chevaline et porcine. Enfin la loi de 1905 n'introduit aucune règle nouvelle quant à la détermination des espèces d'animaux. De sorte que les espèces chevaline et porcine font seules actuellement l'objet d'une législation spéciale au point de vue qui nous occupe.

En ce qui concerne ces deux espèces d'animaux domestiques, quels sont les défauts cachés que la loi considère comme des vices rédhibitoires ? Il suffit, à cet égard, de renvoyer aux textes ; ils ne présentent d'intérêt qu'au point de vue de la pratique[1]. La loi de 1905, dans la mesure très restreinte où elle a trait aux vices rédhibitoires, s'en occupe exclusivement à ce point de vue.

Ce sont là toutes questions d'ordre absolument spécial, sur lesquelles nous ne croyons pas devoir insister[2]. Quand elles sont portées devant les tribunaux, elles sont résolues au moyen d'expertises.

255. Contentons-nous d'appeler l'attention sur les trois points suivants.

1° Quand il s'agit des animaux appartenant aux espèces vi-

1. La seule question juridique soulevée par ces textes est celle de savoir si les défauts qu'ils énumèrent doivent être regardés comme des vices rédhibitoires dans tous les cas, ou bien s'il ne faut les regarder comme tels que quand il s'agit d'animaux vendus pour être employés au travail ou à la reproduction, et non quand il s'agit d'animaux vendus pour la boucherie. Les uns soutiennent que la vente, dans cette dernière hypothèse, est exclusivement régie par les articles 1641 et suivants ; le vendeur devrait garantir tous les défauts, même non prévus par les lois spéciales, qui rendent la chose impropre à l'usage auquel elle est destinée. D'autres soutiennent que le régime des lois spéciales est applicable dans tous les cas ; ils invoquent en ce sens l'article 12 de la loi de 1884 : « Sont abrogés tous règlements imposant une garantie « exceptionnelle aux vendeurs d'animaux destinés à la boucherie ». — Voy. sur cette question, *Pandectes françaises alphabétiques*, v° *Vices rédhibitoires*, n°s 950 et suiv. ; — cpr. Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 491.

2. Voy. pour les détails, Baudry-Lacantinerie et Saignat, p. 399 et suiv.; — cpr. *Pandectes françaises alphabétiques*, v° *Vices rédhibitoires*, n°s 545 et suiv.

sées, les vices énumérés par les lois spéciales peuvent seuls être admis comme vices rédhibitoires. L'application des règles du droit commun, telles qu'elles résultent des articles 1641 et suivants, est écartée par la législation particulière indiquée [1].

2° Dans les ventes auxquelles s'applique cette législation particulière, le législateur n'a eu d'autre but que de tracer les limites de la garantie légale. Rien ne s'oppose à ce que la convention ajoute la garantie de vices non prévus par les textes ; c'est alors une garantie conventionnelle, stipulée par application de l'article 1627 [2].

3° Les lois que nous avons signalées s'occupent de certains animaux domestiques : ceux qui appartiennent aux espèces chevaline et porcine. La question se pose de savoir à quel régime sont soumis, en ce qui concerne les vices rédhibitoires, les animaux domestiques n'appartenant à aucune de ces deux espèces.

L'idée qui se présente d'abord à l'esprit est que ces animaux, n'étant pas visés par les lois spéciales, demeurent soumis au droit commun des articles 1641 et suivants [3]. Doivent être considérés comme vices rédhibitoires, en ce qui les concerne, tous les défauts quelconques présentant les caractères généraux que nous indiquerons ultérieurement [4].

Mais cette manière de voir se heurte à une objection grave. L'article 1 de la loi de 1884 est ainsi conçu : « L'action en « garantie dans les ventes ou échanges d'animaux domesti- « ques sera régie.... par les dispositions suivantes » ; d'où il semble résulter que la loi de 1884 est seule applicable, à l'exclusion des articles 1641 et suivants, toutes les fois qu'il s'agit d'animaux domestiques. Cette déduction est corroborée par un passage de l'exposé des motifs du projet d'où est sor-

1. Cass. 10 novembre 1885, D. P. 1885.I.396, Sir. 1886.I.53, — Dijon 27 octobre 1891, D. P. 1893.II.318, — trib. d'Annecy 2 juillet 1896, *Journal des Cours de Grenoble et de Chambéry*, 1897.II.99, — Paris 29 avril 1898, D. P. 1898.II. 381, — Chambéry 30 juillet 1900, D. P. 1902.II.121, — trib. de la Seine 23 avril 1903, *Gazette des tribunaux* du 9 octobre.

2. *Suprà*, p. 162 et suiv.— Cpr. Baudry-Lacantinerie et Saignat, p.406 et suiv.

3. *Sic* : Cass. 21 juin 1891, D. P. 1892.I.134, — trib. de Versailles 30 juillet 1891, *Pandectes françaises périodiques*, 1892.II.93, — trib. de Toul 4 février 1892, *Le Droit* du 24 avril, — trib. de Villeneuve-sur-Lot 25 juillet 1892, D. P. 1893.II.253, Sir. 1893.II.31, — Alger 13 avril 1896, D. P. 1896.II.478, Sir. 1897.II.7.

4. *Infrà*, nos 257 et suiv.

tie la loi de 1884 : « La loi est limitative et l'action ne peut « être engagée ni pour d'autres maladies ni pour d'autres ani- « maux que ceux qui sont énumérés dans la loi [1]. » D'où la conclusion suivante. Quand il s'agit d'animaux domestiques, ou bien ils appartiennent à l'une des espèces visées par les lois spéciales, et alors l'action rédhibitoire est recevable pour les vices visés par ces lois,— ou bien ils n'appartiennent pas aux espèces visées, et alors l'action rédhibitoire n'est recevable pour aucun vice quelconque ; les lois spéciales excluent l'application du Code civil pour tous les animaux domestiques [2].

La déduction peut bien être imposée par le texte et par le passage des travaux préparatoires que nous avons rapporté : elle n'en est pas moins singulièrement choquante au point de vue rationnel. Le législateur a réglementé la matière des vices rédhibitoires dans les ventes et échanges d'animaux domestiques afin de soustraire les parties à l'arbitraire résultant de l'application du droit commun et d'augmenter la sécurité des acheteurs ; il est étrange que l'intervention du législateur ait eu pour effet de supprimer toute action rédhibitoire et, partant, toute sécurité pour les acheteurs, dans les ventes et échanges d'animaux domestiques appartenant aux espèces bovine et ovine [3].

256. Ces trois observations présentées, nous sommes en mesure de déterminer avec précision le champ d'application des articles 1641 et suivants.

Ils sont sans application aux ventes qui ne peuvent être faites que par autorité de justice [4]. Ils sont sans application aux ventes des animaux domestiques visés par les lois de

1. Séance du Sénat du 13 juillet 1876, *Annexes*, p. 106.

2. Orléans 2 janvier 1889, trib. de Die 6 décembre 1889, trib. de com. de Verdun 15 janvier 1891, Sir. 1891.II.241, — trib. de com. de la Seine 24 mars 1892, *La Loi* du 23 avril, — 8 août 1896, *Le Droit* du 6 septembre. — Cpr. Baudry-Lacantinerie et Saignat, p. 405 et 406.

3. Les règles relatives à la garantie des vices rédhibitoires en matière de ventes d'animaux domestiques ne doivent pas être confondues avec les règles relatives à la police sanitaire des animaux. La loi du 21 juillet 1881 concerne exclusivement la police sanitaire ; les lois du 31 juillet 1895 et du 23 février 1905 concernent simultanément la police sanitaire et la garantie des vices rédhibitoires. D'une façon générale, la législation de la police sanitaire prohibe la vente des animaux atteints de maladies contagieuses, et autorise l'acheteur à demander la nullité de la vente dans certains délais. Voy. *Pandectes françaises alphabétiques*, v° *Vices rédhibitoires*, n°° 955 et suiv.; — cpr. *suprà*, p. 61.

4. *Suprà*, n°° 252 et 253, — *infrà*, n° 439.

1884 et de 1895. Enfin, au moins dans une opinion [1], ils sont sans application même aux ventes des animaux domestiques non visés par ces lois.

Donc ils ne s'appliquent qu'aux ventes ayant pour objet : 1° des immeubles, — 2° des meubles autres que des animaux, — 3° des animaux non domestiques. Dans une opinion, ils sont applicables, en outre, aux ventes des animaux domestiques non visés par les lois de 1884 et 1895.

257. A ce point de vue limité, qu'est-ce qu'un vice rédhibitoire ? Les articles 1641 à 1643 répondent à la question.

On entend par vices rédhibitoires, dit l'article 1641, les « défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impro- « pre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent telle- « ment cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou « n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait con- « nus ».

Donc il faut qu'il s'agisse de vices, de défauts. L'absence de certaines qualités, même entrevues et prises en considération par les parties, ne constitue pas un vice rédhibitoire. Il pourra en résulter une erreur de nature à motiver l'action en nullité (article 1109) ; par exemple, la circonstance qu'une chose n'a pas l'origine, la provenance supposée donnera lieu, selon les cas, à une action en nullité, soit pour dol, soit pour erreur si la provenance a été regardée comme substantielle [2]. Mais il n'y aura pas lieu aux actions résultant des vices rédhibitoires.

Ce n'est pas tout. Un défaut n'est rédhibitoire qu'autant qu'il réunit trois caractères.

1° Il faut qu'il soit caché. Les vices apparents ne sont jamais rédhibitoires (article 1642). Sont apparents les vices dont l'acheteur a pu se convaincre en y regardant. Il ne tenait qu'à lui de vérifier si la chose vendue était affectée de vices apparents ; il y a négligence de sa part à ne l'avoir pas fait ; l'action rédhibitoire n'est accordée que comme protection contre les déceptions imprévues, contre les tromperies plausibles [3]. Il pourrait seulement y avoir lieu à nullité pour

1. *Suprà*, p. 185 et 186.

2. *Ibid.*, n[os] 247 et suiv. — Cpr. Aubry et Rau, IV, p. 387, — Paris 16 mai 1890 et Cass. 23 décembre 1891, D.P. 1892.I.409.

3. Aussi, la jurisprudence refuse-t-elle le caractère de vices rédhibitoires aux vices que l'acheteur doit naturellement prévoir. Il en est ainsi, par exemple, des dispositions morbides auxquelles les vins sont sujets, et dont

dol, si les vices avaient été dissimulés par des manœuvres frauduleuses et déloyales. Ainsi la vente d'un cheval borgne ou boiteux n'est pas entachée d'un vice rédhibitoire, car ce sont là des vices apparents dont il est facile de s'apercevoir ; à moins toutefois que la boiterie ne soit intermittente.

2° Il faut que le vice ait un certain degré de gravité eu égard aux prévisions des parties. A ce point de vue, une grande latitude d'appréciation revient forcément au juge, en cas de défaut d'entente entre les parties. La loi se contente de dire que le défaut relevé doit être tel qu'il rende la chose vendue impropre à l'usage auquel on la destine, ou qu'il en diminue tellement l'usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise s'il l'avait connu, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix. Dans ces diverses hypothèses, l'acheteur est trompé dans son attente, puisqu'il ne peut retirer de la chose le service auquel les choses du même genre sont propres ; il a recours contre le vendeur.

3° Il faut que l'acheteur ait ignoré le défaut. L'acheteur qui a connu le vice, même caché, à plus forte raison l'acheteur auquel le vendeur l'a fait connaître, n'est pas fondé à se plaindre, puisqu'il n'est pas trompé dans son attente. Le prix a vraisemblablement été fixé en conséquence ; il n'y a ni surprise ni, par conséquent, action.

Les textes n'énoncent pas formellement ce troisième caractère des vices rédhibitoires, tandis qu'ils visent spécialement les deux autres. C'est que la chose allait d'elle-même. D'ailleurs, les textes supposent suffisamment ce troisième caractère en exigeant que le vice soit caché ; le vice connu, à plus forte raison déclaré, n'est pas un vice caché.

258. Telles sont les seules indications que la loi fournisse quant à la détermination des vices rédhibitoires. Le reste est affaire d'appréciation par le juge du fait.

C'est à l'acheteur, puisqu'il joue dans l'instance le rôle de demandeur, à prouver que le défaut signalé par lui, et dont il se plaint, constitue un vice rédhibitoire (article 1315).

Et, bien entendu, la réclamation de l'acheteur n'est recevable que si le vice allégué par lui a existé au moment de la vente[1].

la cause ne peut être précisée ; en pareille matière, c'est le cas, pour l'acheteur, de se réserver une garantie conventionnelle : Bordeaux 23 mai 1894, D. P. 1895.II.76.

1. Cass. 23 juin 1835, Sir. 1836.I.617, — Grenoble 4 mai 1867, D. P. 1867,

A partir de ce moment, en effet, les risques sont à la charge de l'acheteur [1].

259. Si l'on comprend ainsi les vices rédhibitoires, la liste en est indéfinie. On en rencontre dans les ventes de meubles, d'immeubles, et de choses incorporelles.

En matière mobilière, c'est un vice rédhibitoire : pour des graines de ne pas lever [2], — pour des médicaments d'être éventés, à plus forte raison mélangés, — pour des pièces d'étoffe d'être tachées, ou trouées à l'intérieur, — pour des tonneaux d'être fûtés, — pour des poutres d'être pourries, et l'emploi ou l'existence de poutres pourries peut devenir un vice rédhibitoire quant à la construction [3], — pour des perles fines d'avoir été colorées artificiellement par des procédés chimiques, non que cette opération les rende impropres à l'usage, mais parce qu'elle en diminue la valeur [4].

En matière immobilière, c'est un vice rédhibitoire : pour une prairie d'être infectée d'herbes vénéneuses, — pour une maison d'avoir des fondations en mauvais état, plus généralement de présenter des vices de construction, — pour un terrain destiné à être bâti d'être miné d'excavations rendant les constructions impossibles [5], — pour un domaine d'être grevé de servitudes non apparentes [6], car l'article 1638, à vrai dire, ne fait que viser un cas de vice rédhibitoire. On pourrait multiplier les exemples [7] ; on disait jadis que c'était un vice

II.209, — Cass. 8 mars 1892, D. P. 1892.I.204, Sir. 1895.I.341. — Cpr. Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 388, texte et note 11, — Guillouard, *Vente*, I, n° 451, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 422.

Cette règle n'est pas applicable aux ventes de choses *in genere*. Dans ces ventes, la réclamation de l'acheteur est recevable lorsque le vice allégué par lui existait au moment de la livraison qui a individualisé la chose vendue ; en effet, c'est seulement à ce moment que les risques passent à la charge de l'acheteur. Voy. *suprà*, n° 161, — Orléans 11 août 1880, D. P. 1881.II.38, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, *loc. cit.*

1. *Suprà*, p. 111, — *Les contrats et les obligations*, p. 239 et suiv.

2. Cass. 22 mars 1853, Sir. 1853.I.480, — trib. de la Seine 13 juin 1893, D. P. 1894.II.511, — Cass. 8 mars 1892, D. P. 1892.I.204.

3. Rennes 19 mars 1891, D. P. 1891.II.183.

4. Trib. de com. de la Seine 4 avril 1884, *Le Droit* du 22 avril.

5. Aubry et Rau, IV, § 355 *bis*, p. 388, texte et note 12, — Paris 29 avril 1864, Sir. 1864.II.153, — Pau 27 novembre 1867, Sir. 1868.II.10, — trib. de Seine 30 avril 1878, *Le Droit* du 22 mai.

6. Voy. Pothier, *De la vente*, n°s 201 et 206, — Cass. 30 octobre 1894, D. P. 1895.I.63.

7. Voy. Bourges 27 juin 1893, D. P. 1894.II.573, — Nancy 17 décembre 1895, D. P. 1898.II.441, — Cass. 15 janvier 1897, D. P. 1898.I.247, — An-

rédhibitoire pour une maison d'être hantée par les revenants.

La jurisprudence a reconnu des vices rédhibitoires même dans les ventes de choses mobilières incorporelles[1], en particulier dans les cessions d'offices ministériels[2]. Par exemple, le titulaire de l'office était, lors de la cession, dans un état de déconfiture qui ne s'est révélé qu'après ; l'office est décrié. Ou bien il avait commis des abus de confiance envers un client, et il en résulte un discrédit[3].

Mais on s'est toujours refusé à étendre la théorie des vices rédhibitoires aux ventes d'actions, lorsque les actions sont avilies par le mauvais état des affaires de la société[4]. Ce serait un moyen indirect d'introduire la rescision pour lésion en matière de meubles ; or cette extension est prohibée par l'article 1674[5].

§ 2. — Quels effets l'existence d'un vice rédhibitoire a-t-elle sur la vente ou sur l'échange ?

260. Le vendeur doit garantir l'acheteur des vices rédhibitoires. Autrement dit, il en est responsable.

L'acheteur d'une chose atteinte de vices rédhibitoires possède deux actions, entre lesquelles l'article 1644 lui donne le choix. Il choisit selon les cas, suivant l'importance des vices constatés.

1° Il peut intenter l'action *quanti minoris* ou en réduction du prix, par laquelle il tend à se faire rendre une partie de ce qu'il a payé. C'est une conséquence des articles 1147 et

gers 3 février 1897, D. P. 1898.II.167, — Cass. 7 juillet 1897, D. P. 1898.I.354, — 11 mai 1898, D. P. 1899.I.223.

1. Voy. Cass. 7 novembre 1893, D. P. 1894.I.258, — Paris 13 décembre 1894, D. P. 1896.II.252.

2. Rouen 16 avril 1890, D. P. 1891.II.171, — Bourges 18 novembre 1890, D. P. 1892.II.21, — Cass. 7 janvier 1891, D. P. 1891.I.262, — Orléans 21 juillet 1893, D. P. 1894.II.342, — Amiens 4 juillet 1894, D. P. 1895.II.44, — Cass. 4 novembre 1895, D. P. 1896.I.234.

3. Cass. 6 février 1894, D. P. 1894.I.285, — Bordeaux 12 février 1894, D. P. 1894.II.339, — Cass. 4 novembre 1895, D. P. 1896.I.234.

4. Lyon 8 mai 1884, D. P. 1884.II.119, — Cass. 3 juin 1885, D. P. 1886.I.25. Au contraire, l'action rédhibitoire peut être intentée par l'acheteur d'une action si la nullité de la société vient à être ensuite prononcée. Lyon 26 juillet 1889, *Moniteur judiciaire de Lyon* du 17 décembre ; — cpr. Paris 21 juin 1883, D. P. 1885.II.5.

5. *Suprà*, p. 87 et 88.

suivants, qui astreignent le débiteur à indemniser le créancier de l'inexécution partielle [1].

2° L'acheteur possède l'action rédhibitoire proprement dite, par laquelle il demande le remboursement du prix moyennant la restitution de la chose. C'est une application de l'article 1184 ; la vente, contrat synallagmatique, est résolue lorsque l'une des deux parties ne satisfait pas à son engagement [2]. Le vendeur qui succombe sur cette action restitue le prix ; puis il rembourse les frais occasionnés par la vente (article 1646), tels que les frais de transport, les droits d'entrée, etc.

261. Les obligations du vendeur se bornent à cela s'il est de bonne foi (article 1646). S'il est de mauvaise foi, en d'autres termes s'il a connu l'existence du vice et l'a dissimulée, il est passible de dommages-intérêts envers l'acheteur ; il doit réparer tout le préjudice qui est une suite de l'inexécution. L'article 1645, en formulant cette règle, ne fait que consacrer une application de l'article 1151 [3].

Ainsi, celui qui vend sciemment des animaux infectés d'un mal contagieux est tenu de supporter les pertes causées par suite au troupeau de l'acheteur. Traditionnellement, on assimile au vendeur qui connaît les vices de la chose vendue celui qui, par profession, doit les connaître, et pour lequel l'ignorance est une véritable faute ; par exemple, un marchand qui vend des objets de son négoce est en faute de ne pas connaître ce qu'il livre [4].

262. En général, l'acheteur a les deux actions et peut invoquer l'une ou l'autre à son choix. Il aurait peut-être été plus logique d'accorder l'action rédhibitoire quand le vice rend la chose impropre à l'usage, et l'action *quanti minoris* quand il apparaît seulement que l'acheteur mieux informé aurait payé la chose moins cher. Mais telle n'est pas la règle que pose l'article 1644. Est-ce le résultat d'une inattention ? Ou bien le législateur a-t-il voulu simplifier et donner à l'acheteur le choix afin de rendre les appréciations moins délicates ? Il est difficile de l'affirmer. L'article 1644, de quelque manière

1. *Les contrats et les obligations*, p. 263.
2. *Suprà*, p. 125. — Cpr. *Les contrats et les obligations*, p. 385 et suiv.
3. *Les contrats et les obligations*, p. 286 et 287.
4. Aubry et Rau, IV, § 355 *bis*, p. 389, texte et note 17 ; — Amiens 16 janvier 1862, Sir. 1862.II.156.

qu'on l'explique, est certainement une disposition imparfaite.

Aussi les lois spéciales aux ventes et échanges d'animaux domestiques ont-elles écarté, en ce qui concerne ces ventes, l'application de l'article 1644. La loi du 2 août 1884, reproduisant dans son article 3 la disposition consacrée par l'article 2 de la loi du 20 mai 1838, refuse à l'acheteur l'exercice de l'action *quanti minoris*, ou action en réduction du prix, lorsque le vendeur offre de reprendre l'animal en restituant à l'acquéreur le prix et les frais de la vente. L'acheteur n'a plus que le choix entre le maintien complet ou l'anéantissement complet de la vente. Il serait trop difficile, a-t-on dit, de fixer exactement le montant de la dépréciation que le vice fait subir à la chose ; les frais d'expertise seraient souvent plus considérables que le résultat. L'acheteur n'a qu'une seule action ; il en use s'il estime que le vice présente une gravité suffisante, sinon il se tait.

263. Tel n'est pas, d'ailleurs, le seul rapport sous lequel les lois de 1838, 1884, 1895 et 1905 modifient, en ce qui concerne les ventes ou échanges d'animaux domestiques, les règles posées par le Code relativement aux vices rédhibitoires. Nous avons rencontré déjà deux modifications ; les lois dont il s'agit limitent le nombre des vices pouvant être considérés comme rédhibitoires, puis elles écartent l'action *quanti minoris* dans une hypothèse. Indépendamment de ces modifications, elles en introduisent deux autres.

1° Aucune action en garantie, ou en réduction de prix, n'est admise pour les ventes et échanges d'animaux dont la valeur n'excède pas cent francs (loi de 1884, article 4). Le législateur a voulu mettre obstacle à l'introduction d'instances dont les frais dépasseraient l'intérêt [1].

2° Les lois relatives aux ventes et échanges d'animaux domestiques écartent les règles du droit commun en ce qui concerne le délai dans lequel l'action doit être intentée.

D'après l'article 1648, « l'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur, dans un bref « délai, suivant la nature des vices rédhibitoires, et l'usage

1. La règle n'est applicable — cela va sans dire — qu'à défaut de convention contraire. Comme elle est exceptionnelle et ne concerne que l'action rédhibitoire, elle est inapplicable à l'action en nullité de la vente d'un animal atteint d'une maladie contagieuse dans les conditions des lois sur la police sanitaire. Voy. Baudry-Lacantinerie et Saignat, nos 469 et 470.

« du lieu où la vente a été faite ». Cette règle, très générale, s'applique aussi bien à l'action en réduction du prix qu'à l'action rédhibitoire proprement dite. Pour l'une comme pour l'autre, la durée du délai pendant lequel l'action est recevable s'apprécie en fait, suivant que les vices sont de nature à être reconnus plus ou moins promptement. Par exemple, en matière de vente de semences, la valeur des graines ne peut être vérifiée qu'après l'époque de l'éclosion.

La loi se contente de limiter la recevabilité de l'action à un délai bref; puis elle laisse au juge le soin d'apprécier. Le législateur de 1804 a pensé que le nombre et la variété des vices rendaient difficile la fixation d'un délai uniforme; puis il a craint de troubler les usages locaux à propos d'une action dont l'objet est le plus souvent peu important, qui intéresse d'ordinaire l'homme des champs, lequel ne connaît, en fait de droit, que les coutumes de son village. La durée du délai reste donc affaire d'usage.

La loi exige cependant que l'acheteur se plaigne vite, sauf à tenir compte du temps indispensable pour exercer les poursuites. Et cette exigence de la loi s'explique par plusieurs raisons.

1° En général, un acheteur ne laisse pas s'écouler un long délai avant d'essayer la chose achetée, soit en vertu de l'instinct qui porte à jouir des choses nouvellement acquises, soit parce qu'il désire vérifier si on ne l'a pas trompé. Or, s'il y a vice rédhibitoire, la chose achetée est plus ou moins impropre au service qu'on en attend; donc, si l'acheteur ne réclame pas immédiatement, il est probable qu'il se contente de la chose telle qu'elle est et ne croit pas l'avoir payée trop cher.

2° Le vendeur n'est responsable que des vices qui existaient ou qui étaient en germe au moment du contrat[1]. Du moment que la loi subordonne l'exercice de l'action à un délai bref, les vices qui se manifestent dans ce délai sont, jusqu'à preuve contraire, présumés avoir existé lors de la vente[2]; si la loi accordait un long délai, il en résulterait des difficultés nombreuses à cet égard.

Voilà quels sont la disposition et les motifs de l'article 1648.

1. *Suprà*, n° 258.
2. Aubry et Rau, IV, § 355 *bis*, p. 391, texte et note 29.

Ici encore, la loi de 1838 et après elle la loi de 1884 (article 5) ont modifié la règle pour les ventes qu'elles prévoient, jugeant préférable d'adopter un délai fixe. Ce délai est de neuf jours en thèse générale, de trente jours dans deux cas exceptionnels [1], le tout sous réserve d'une augmentation à raison des distances (loi de 1884, article 6) [2].

Dans le délai fixé, l'acheteur doit au moins requérir la nomination d'experts (article 7), tandis qu'il doit, dans le bref délai de l'article 1648, intenter l'action, c'est-à-dire assigner le vendeur en justice [3].

264. Tels sont les caractères et les effets généraux des vices rédhibitoires.

La loi complète cet ensemble de règles en prévoyant le cas où la chose vendue, infectée d'un vice rédhibitoire, viendrait à périr. Quelle est alors la position de l'acheteur? En principe, les risques sont à sa charge (article 1138) [4], et c'est à lui que la perte incombe. Mais l'article 1647 fait une distinction fort simple.

Si la chose, fût-elle atteinte d'un vice, périt par cas fortuit, à plus forte raison si elle périt par la faute de l'acheteur, la perte est à la charge de ce dernier, qui ne peut plus, par conséquent, demander la restitution du prix. En effet, il n'éprouve, en réalité, aucun préjudice par le fait de l'existence du vice; le vice n'existât-il pas, la chose n'en serait pas moins perdue pour lui. Il n'y a pas de raison pour faire échec au droit commun. D'ailleurs, il serait singulièrement difficile de vérifier l'existence du vice après la destruction de la chose.

Si, au contraire, il est démontré que la chose a péri par l'effet du vice, la perte n'empêche pas l'acheteur d'agir en garantie, de réclamer le prix, le montant des frais, et des dommages-intérêts. Il le peut d'autant plus que la chose a péri. Le vendeur est tenu comme si la chose lui était rendue.

1. Les lois de 1895 et de 1905 n'ont pas modifié les délais établis par la loi de 1884 pour l'exercice de l'action rédhibitoire. Les délais que ces deux lois établissent concernent non pas l'exercice de l'action rédhibitoire, mais l'exercice de l'action en nullité par application des lois sur la police sanitaire (*suprà*, p. 186, note 3).

2. Pour le calcul du délai à raison des distances, il y a lieu de faire application de l'article 1033 du Code de procédure civile.

3. Aubry et Rau, IV, p. 391.

4. *Suprà*, p. 111.

La solution ne pouvait faire doute et méritait à peine d'être énoncée. La seule question qu'il eût été intéressant de trancher est de savoir à qui incombe, dans ce cas, la charge de la preuve. L'existence d'un vice étant reconnue, à qui appartient-il de démontrer que la perte de la chose doit être attribuée à cette cause et non pas à toute autre ? L'article 1647 a négligé de trancher cette question. Mais la loi de 1838 l'a tranchée dans son article 7, qui est reproduit par l'article 10 de la loi de 1884 : « Si l'animal vient à périr, le ven- « deur ne sera pas tenu de la garantie, à moins que l'acheteur « n'ait intenté une action régulière dans le délai légal, et ne « prouve que la perte de l'animal provient de l'une des « maladies spécifiées dans l'article 2. » La règle doit être appliquée, en ce qui concerne la charge de la preuve, aux vices rédhibitoires qui sont régis non par les lois spéciales de 1838 et 1884, mais par le Code civil.

SECTION IV. — La résolution de la vente pour défaut de paiement du prix.

265. Cette matière fait l'objet des articles 1654 à 1657, dont il y a lieu de rapprocher un certain nombre d'autres textes.

Au titre *Des privilèges et hypothèques*, sous les articles 2102 et 2103 [1], nous avons présenté le tableau d'ensemble des garanties de paiement qui sont organisées au profit du vendeur non payé : droit de rétention dans les ventes soit de meubles, soit d'immeubles, faites sans terme (article 1612), — droit de saisie-revendication en matière de ventes de meubles faites sans terme (article 2102-4° alinéa 2), — enfin, dans tous les cas, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles et de ventes à terme ou sans terme, le privilège (articles 2102-4° alinéa 1 et 2103-1°) et l'action résolutoire (article 1654). C'est cette dernière garantie que nous retrouvons ici.

L'article 1654 est conçu dans les termes suivants : « Si « l'acheteur ne paie pas le prix, le vendeur peut demander « la résolution de la vente. » Cette disposition est une application directe de l'article 1184 : « La condition résolutoire « est toujours sous-entendue dans les contrats synallagma-

1. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 390 et suiv., — tome II p. 6 et suiv.

« tiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à « son engagement. »

266. En principe, le droit de résolution du vendeur non payé est soumis aux règles de la condition résolutoire tacite[1]. Rappelons les principales ; elles sont au nombre de quatre.

Première règle.

La demande en résolution n'est possible que si l'acheteur a été préalablement mis en demeure de payer [2]. C'est la condition générale d'exercice judiciaire des droits.

Deuxième règle.

Même alors, la résolution n'a pas lieu de plein droit (article 1184 alinéa 2) ; elle n'opère que judiciairement [3]. De même que le vendeur peut poursuivre le paiement du prix stipulé par toutes les voies de droit, de même l'acheteur peut payer valablement après l'échéance, même après la mise en demeure, même après la demande en résolution, en un mot tant que la résolution n'a pas été prononcée ; car jusque-là la vente tient.

Le juge saisi de la demande en résolution peut accorder un délai à l'acheteur (article 1184 alinéa 3)[4]. L'article 1655 alinéa 2 fait application spéciale de ce texte à la vente.

Troisième règle.

Pour que la résolution ait lieu de plein droit, il faut que les parties aient stipulé expressément que la vente sera résolue *ipso jure* faute de paiement à l'échéance, clause qu'on appelle traditionnellement « pacte commissoire » [5].

Le vendeur n'invoque plus alors la condition résolutoire tacite, mais une condition résolutoire expresse, qui, par l'effet de la volonté des parties et à l'inverse de la condition résolutoire tacite, opère de plein droit (article 1183). Dès que l'événement s'est accompli, la vente a cessé d'exister :

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 385 et suiv.
2. *Ibid.*, p. 389 et 390.
3. A moins que la vente ne soit révoquée par consentement mutuel, conformément à l'article 1134. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 181 et suiv.
4. *Ibid.*, p. 390.
5. *Ibid.*, p. 390 et 391.

l'acheteur ne peut plus payer valablement, le juge ne peut plus accorder de délai.

Toutefois, le pacte commissoire ne dispense pas de la mise en demeure[1]. L'article 1656 est ainsi conçu : « S'il a été sti-« pulé lors de la vente d'immeubles que, faute de paye-« ment du prix dans le terme convenu, la vente serait réso-« lue de plein droit, l'acquéreur peut néanmoins payer « après l'expiration du délai, tant qu'il n'a pas été mis en « demeure par une sommation ; mais, après cette somma-« tion, le juge ne peut pas lui accorder de délai. »

Il est admis qu'une clause formelle peut écarter même la nécessité d'une mise en demeure ; alors le seul défaut de paiement à l'échéance opère la résolution, et il devient impossible d'accorder aucun délai ni d'effectuer le paiement. L'article 1656 ne prévoit pas ce pacte commissoire spécialement énergique ; mais il ne l'exclut pas ; et, dès lors, ce pacte doit être considéré comme licite, car il n'a rien de contraire à l'ordre public (article 1134)[2].

Quatrième règle.

Lorsque la résolution est encourue, soit de plein droit au cas de pacte commissoire, soit par jugement au cas de condition résolutoire tacite, les choses sont remises au même

1. *Les contrats et les obligations*, p. 391.

2. Ce pacte commissoire ne doit pas être confondu avec celui que la loi prohibe en matière de constitution de gage ; et la distinction est d'autant plus utile à faire que les parties se livrent parfois à des dissimulations sur ce point. Dans une espèce sur laquelle la Cour de cassation a eu à se prononcer, une société de crédit avait vendu des obligations à lots, payables par à-comptes mensuels, avec les stipulations suivantes : 1° à défaut de paiement de deux mensualités successives, la totalité du prix deviendra exigible, — 2° faute par l'acheteur de s'acquitter dans la huitaine d'une mise en demeure, la vente sera résiliée de plein droit, — 3° en ce cas, l'obligation du retardataire sera vendue au profit du crédit de son compte d'après le cours moyen de la Bourse. La Cour de cassation a considéré qu'en l'espèce la vente n'était pas résiliée au cas d'inexécution, puisque la revente devait s'opérer pour le compte de l'acheteur, et puisque les parties, loin d'être remises en l'état où elles se trouvaient avant le contrat, étaient obligées de se tenir compte de la différence entre les prix de vente et de revente. En conséquence, la Cour a décidé qu'il y avait constitution de gage ; et elle a regardé comme prohibée par l'article 2078 la clause par laquelle le vendeur s'était réservé la détention du titre vendu et la faculté de le revendre en Bourse au cas de non-paiement. Voy. Cass. 4 juin 1894, D. P. 1894.I.555. - Cpr. 4 février 1896, D. P. 1896.I 580, — et Chambéry 16 mars 1897, *Journal des Cours de Grenoble et Chambéry*, 1897.II.13.

état que si la vente n'avait pas eu lieu (article 1183)[1]. De là résultent les conséquences suivantes.

1° Le vendeur reprend la chose s'il en a fait tradition. Il restitue les à-comptes s'il en a touché.

2° Le vendeur a le droit d'exiger la restitution des fruits perçus par l'acheteur. En retour, il est obligé de restituer les intérêts du prix payé.

3° Les droits établis par l'acheteur ou nés de son chef tombent, comme ayant été consentis *a non domino*[2].

4° L'acheteur doit réparer le préjudice résultant des détériorations, et il a droit aux impenses faites par lui.

Logiquement, l'acheteur devrait pouvoir exiger de l'Etat le remboursement des droits de mutation acquittés. Mais, sous ce rapport, l'article 1183 est paralysé par l'article 60 de la loi du 22 frimaire an VII, aux termes duquel l'Etat ne rend jamais les droits régulièrement perçus[3].

267. Toutes ces règles sont l'application pure et simple à la vente des principes du droit commun. Il est donc inutile d'insister.

268. Mais il importe de signaler que la résolution présente certaines particularités en matière de vente, et est soumise à un certain nombre de règles spéciales.

Pris à la lettre, l'article 1654 accorde l'action résolutoire au vendeur non payé, sans restriction ni réserve. Les règles spéciales auxquelles nous venons de faire allusion se réfèrent à diverses limitations qui sont apportées au droit de résolution du vendeur par des textes placés en dehors du titre *De la vente*.

Ces restrictions sont de trois sortes. Les unes tiennent à la nature du prix stipulé. Les autres s'expliquent par des considérations relatives au crédit et sont introduites dans l'intérêt des tiers. D'autres, enfin, se présentent comme des conséquences de la mort du vendeur.

I. Restrictions tenant à la nature du prix.

269. Le droit de résolution appartient au vendeur, avec

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 379 et suiv.
2. Voy. Cass. 27 mars 1893, D. P. 1894.I.338, — 27 mai 1895, D. P. 1895.I.508.
3. Cpr. *infrà*, n° 315.

toute la latitude que suppose l'article 1654, lorsque le prix de vente consiste en une somme d'argent. C'est le fait ordinaire et normal.

Mais ce n'est pas le fait nécessaire et constant. Le prix, nous l'avons vu [1], peut consister en une rente soit perpétuelle, soit viagère, établie au profit du vendeur. Dans ce cas, l'article 1654 cesse d'être applicable, ou du moins il ne l'est que sous quelques réserves ; il doit être combiné avec les articles 1912 et 1978.

I. *Combinaison de l'article* 1654 *avec l'article* 1912.

270. L'article 1912 s'applique quand le prix de vente consiste en une rente perpétuelle constituée au profit du vendeur.

Devenant titulaire du droit de rente, le vendeur est créancier des arrérages ; l'acheteur en est débiteur. S'il ne les acquitte pas, il y a de sa part inexécution des obligations qu'il a contractées comme acheteur ; donc le vendeur peut intenter l'action résolutoire. Mais le vendeur ne peut demander la résolution de la vente qu'autant que l'acheteur a manqué de payer les arrérages pendant deux ans. L'article 1912 dit que le débiteur « peut être contraint au rachat... « s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux an- « nées ».

C'est bien toujours un cas de résolution de la vente [2]. Seulement, vu la nature du prix, l'acheteur a devant lui moins un vendeur qu'un crédi-rentier, et il est lui-même moins un acheteur qu'un débiteur d'arrérages. Or l'article 1912 n'autorise le rentier à faire résoudre le contrat de constitution de rente et à réclamer le capital, lequel est précisément l'immeuble vendu, que si le débi-rentier cesse de remplir ses obligations pendant deux ans. De sorte que le seul fait de l'inexécution ne suffit plus ; il faut une inexécution réitérée pendant deux années consécutives ; l'article 1912 apporte un tempérament à l'article 1654.

271. Pourquoi en est-il ainsi ?

Cette dérogation au droit commun, favorable au débi-rentier, autrement dit à l'acheteur, a été empruntée à l'ancien

1. *Suprà*, p. 83 et 84.
2. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 387 et 388.

droit, où on l'expliquait de la manière suivante[1]. Les arrérages ne doivent pas être confondus avec le droit de rente ; ils n'en sont que les fruits. Dès lors, quand le prix de vente consiste en une rente établie au profit du vendeur, le seul défaut de paiement des arrérages n'empêche pas la rente d'exister et la vente d'avoir été exécutée de ce chef ; c'est seulement à la longue que le défaut de paiement des arrérages compromet le droit de rente et ouvre l'action en résolution de la vente.

Le raisonnement n'est pas décisif. Quand le prix de vente consiste en argent et que l'acheteur s'est obligé à servir les intérêts du prix, le défaut de paiement des intérêts ouvre l'action résolutoire. Pourquoi, quand le prix consiste en une rente perpétuelle, le défaut de paiement des arrérages ne produit-il pas le même effet ?

Quoi qu'il en soit, la règle est formelle. Elle se rattache à la théorie des rentes.

272. Reste à savoir quels sont, d'une manière précise, les cas dans lesquels l'article 1912 est applicable et déroge ainsi à l'article 1654.

Il est certainement applicable quand le prix de vente, consistant en une somme d'argent convenue entre les parties, a été ensuite converti en rente par une convention subséquente. Un immeuble a été vendu cent mille francs ; puis, ce capital une fois stipulé, une constitution de rente perpétuelle de quatre mille francs est faite au profit du créancier des cent mille francs. Il y a alors une novation : la vente fait place à une constitution de rente ; la seule résolution possible est celle du contrat de constitution de rente, et l'article 1912 est applicable.

Mais l'est-il aussi lorsque la rente est établie directement comme prix de l'immeuble, comme équivalent de l'immeuble, comme « condition de la cession de l'immeuble », ainsi que s'exprime l'article 530 ? Ou bien faut-il alors revenir à l'article 1654 ?

On admet généralement que l'article 1654 reste seul applicable quand la rente a été établie de la sorte, non pas avec le prix d'abord stipulé en argent, mais comme prix même de la vente. L'article 1912, dit-on, est au titre *Du prêt* et des

1. Voy. Beaune, *Droit coutumier, Les contrats*, p. 385.

rentes ; il ne concerne que les rentes constituées moyennant un capital fourni, et n'est pas applicable aux rentes directement établies comme prix d'une vente. Or la règle posée par l'article 1912 est une règle exceptionnelle, qui doit, comme telle, être restreinte à l'hypothèse spéciale pour laquelle elle est établie[1].

Cette distinction est contestable. Qu'importe que les parties aient fixé un prix en argent pour ensuite convertir la somme promise en capital d'une rente, ou qu'elles aient établi directement la rente comme représentation de la somme qui aurait pu être fixée ? Si la vente a été faite moyennant un prix en argent et que ce prix ait été ensuite converti en une rente par une convention subséquente, on applique l'article 1912; si la vente a été faite moyennant une rente stipulée principalement et directement, on n'applique pas l'article 1912 ; que décidera-t-on si la vente a été faite pour un prix converti en rente par une clause spéciale du contrat lui-même ? En vérité, toutes ces espèces ne sont-elles pas identiques, et ne faut-il pas ou n'appliquer jamais l'article 1912, ou l'appliquer toujours ? Dans tous les cas, les éléments de l'opération, s'ils ne se présentent pas sous la même apparence extérieure, sont identiques au fond : dans la première hypothèse, il y a vente suivie d'une constitution de rente, dans la seconde il y a vente combinée avec une constitution de rente, ce qui est la même chose. Et alors, si des notions propres à la théorie des rentes nécessitent ou expliquent la règle posée par l'article 1912, pourquoi cette règle ne serait-elle pas applicable dans les deux cas ?

Cependant l'opinion générale est en sens contraire.

II, *Combinaison de l'article* 1654 *avec l'article* 1978.

273. L'article 1978 est applicable quand le prix consiste en une rente viagère. L'hypothèse qu'il prévoit est celle d'une vente à fonds perdu.

Le défaut de service de la rente, le défaut de paiement des arrérages n'autorise pas le crédi-rentier, autrement dit le vendeur, à demander la résolution de la vente, à moins de convention contraire : « Le seul défaut de paiement des arré-

1. En ce sens, Aubry et Rau, 4e édition, IV, § 356, p. 399, — Demolombe, *Des biens*, I, nos 434 et 434 *bis* ; — Paris 11 mars 1816, Sir. 1817.I.1, — Bordeaux 23 mars 1832, Sir. 1832.II.57, — Cass. 9 janvier 1865, D. P. 1865.I.234, Sir. 1865.I.136.

« rages de la rente n'autorise point celui en faveur de qui « elle est constituée à demander le remboursement du capi- « tal, ou à rentrer dans le fonds par lui aliéné.... » C'est que le contrat, dans ce cas, devient aléatoire [1] ; il y a des chances à courir, et il ne saurait dépendre des parties de s'y soustraire, sans quoi chacune d'elles s'empresserait de s'esquiver dès que les chances tourneraient contre elle.

Le seul droit du vendeur, d'après l'article 1978, est alors « de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur, et de « faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, « l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arré- « rages ». Il a le droit d'obtenir des sûretés, mais non la résolution.

274. Pourquoi cette dérogation aux principes ?

On la justifie de la façon suivante. Dès que la rente a existé et que les arrérages ont été payés pendant quelque temps, les choses ne sont plus entières; la résolution n'est plus admise parce qu'il serait difficile d'en régulariser les conséquences. Quelles seraient, en effet, ces conséquences ? L'acheteur rendrait la chose vendue ; cela est tout simple. Mais que ferait le vendeur des arrérages perçus ? Les rendre serait singulièrement onéreux pour lui, car il les a touchés et consommés ; les garder serait réaliser un gain illégitime.

Toutefois, ces considérations ne sont pas absolument décisives. D'une part, nous avons indiqué [2] que le vendeur peut se réserver, par clause spéciale, le droit de recourir à la résolution. D'autre part, aux termes de l'article 1977, « celui « au profit duquel la rente viagère a été constituée moyennant « un prix, peut demander la résiliation du contrat, si le cons- « tituant ne lui donne pas les sûretés stipulées pour son exé- « cution ». Donc il y a des cas dans lesquels on arrive à la résolution ; et cela prouve que les conséquences de la résolution, si elles sont difficiles à régulariser, ne sont pas considérées par la loi comme impossibles à régulariser.

275. Ajoutons une dernière indication. L'article 1978 fait naître une difficulté semblable à celle que nous avons rencontrée précédemment à propos de l'article 1912 : celle de savoir quelles sont au juste les hypothèses dans lesquelles il est applicable.

1. *Les contrats et les obligations*, p. 21.
2. *Suprà*, n° 273.

Il est certainement applicable lorsque le prix stipulé pour la vente a été ultérieurement converti en rente viagère. Mais reste-t-il applicable lorsque la rente a été stipulée à titre de prix dans le contrat de vente lui-même ? L'opinion commune est en ce sens [1] ; et l'on comprend mal pourquoi les auteurs qui soutiennent cette opinion se prononcent en sens contraire quand il s'agit de l'article 1912 [2].

II. Restrictions introduites dans l'intérêt des tiers, sous l'influence de considérations relatives au crédit.

276. La résolution de la vente obtenue par le vendeur réfléchit contre les ayants-cause de l'acheteur : tiers acquéreurs, créanciers hypothécaires, tiers ayant acquis un droit quelconque du chef de l'acheteur. Cela résulte : 1° de l'article 1183, — 2° de l'article 2125 en ce qui concerne les hypothèques, — 3° surtout, en ce qui concerne l'action résolutoire du vendeur, de l'article 7 de la loi du 23 mars 1855, lequel décide le contraire dans un cas spécial et confirme ainsi le principe en y apportant une exception.

L'éventualité de cette résolution, comme de toute autre, est une cause de trouble dans l'assiette de la propriété [3] ; il faut prendre ses précautions quand on achète d'un vendeur qui n'a pas payé son propre vendeur, car il y a lieu de redouter une résolution ultérieure. Aussi le législateur s'est-il inquiété de cette éventualité. Dans un grand nombre d'hypothèses, soit par application du droit commun, soit par application de textes spéciaux, les droits du vendeur sont limités, tantôt en ce sens que le vendeur ne peut pas demander la résolution malgré le défaut de paiement, tantôt en ce sens qu'il est recevable à demander la résolution, mais sans pouvoir l'opposer aux tiers.

277. Parcourons ces hypothèses. Elles sont au nombre de cinq.

Première hypothèse.

278. Le vendeur ne peut agir contre les tiers ayant acquis

1. Aubry et Rau, IV, p. 582, note 2 et p. 592, — Demante et Colmet de Santerre, VIII, n° 193 *bis* VI, — Demolombe, *Des donations*, III, p. 582.
2. *Suprà*, n° 272.
3. Cpr. *Les contrats et les obligations*, p. 217 et 224.

des droits du chef de l'acheteur qu'après avoir fait juger contre l'acheteur la question de résolution [1].

Il est vrai que, dans la pratique, on qualifie ordinairement l'action résolutoire d'action réelle ; et il est de la nature des actions réelles de pouvoir être intentées contre les tiers. Mais l'expression usuelle est impropre ; en réalité, l'action résolutoire est une action personnelle. En effet, aux termes des articles 1184 alinéa 2 et 1655, la résolution pour défaut de paiement du prix n'opère pas de droit ; elle ne se produit, sauf le cas de pacte commissoire, que quand elle est demandée et prononcée en justice [2]. Le vendeur, quand il intente l'action en résolution, n'est donc pas redevenu propriétaire ; il exerce seulement un droit qui peut le conduire à le devenir. Par conséquent, il doit, avant d'agir contre les tiers, faire renaître les droits qu'il pourra leur opposer ; autrement dit, il doit faire juger contre l'acheteur la question de résolution.

Tout au plus est-il possible d'admettre que l'action résolutoire est mixte, en ce sens que le vendeur, s'il triomphe, se trouve avoir toujours été propriétaire. Cela n'empêche pas le droit du vendeur de n'être opposable aux tiers qu'en vertu d'une résolution prononcée.

Il y a quelque incertitude dans la pratique sur ce point. En fait — ce qui écarte toute difficulté — le vendeur, quand il intente son action contre l'acheteur, assigne en même temps le sous-acquéreur en déclaration de jugement commun. On a proposé d'aller plus loin et d'admettre le vendeur à agir directement contre le sous-acquéreur, sous prétexte que l'action serait réelle [3]. Mais cette manière de voir est inexacte, car on ne sait où trouver le fondement de ce prétendu droit réel ; l'action en résolution est une action personnelle qui, par ses résultats, réfléchit contre les tiers [4].

Deuxième hypothèse.

279. L'action résolutoire ne peut être exercée que dans le

1. Aubry et Rau, IV, p. 401, — Larombière, article 1184, n° 70.
2. *Suprà*, n° 266.
3. *Sic* : Duranton, XVI, n° 361, p. 387, — Paris 12 février 1844, Sir. 1844.II. 115.
4. Aubry et Rau, 4e édition, IV, § 356, p. 401, — Demolombe, *Des contrats*, II, n° 521,— Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 563.— Cpr. Cass. 27 mai 1884, *La Loi* du 30 mai.

délai ordinaire d'exercice des actions, lequel est de trente ans (article 2262) : trente ans à dater du jour fixé pour le paiement.

Ce délai n'est applicable que si la chose vendue est restée aux mains de l'acheteur ou de ses héritiers, auquel cas l'acheteur est poursuivi comme débiteur personnellement tenu. En cas d'aliénation par l'acheteur, c'est-à-dire au cas de revente avant paiement du prix, le droit d'agir s'éteint quand le sous-acquéreur a possédé pendant le temps requis pour l'acquisition de la propriété à son profit : au bout de trente ans si l'acquéreur est de mauvaise foi, au bout de dix à vingt ans s'il y a juste titre et bonne foi ; l'acquéreur détient alors la chose non plus comme acheteur, mais comme l'ayant usucapée, et il n'a plus à redouter le vendeur [1].

Troisième hypothèse.

280. Le vendeur ne peut pas agir contre les tiers — acquéreurs ou créanciers hypothécaires — s'il l'a renoncé à son action résolutoire à leur profit.

Il arrive souvent que le vendeur non payé autorise soit la revente de l'immeuble, soit la constitution d'une hypothèque ou d'un droit réel quelconque. Par exemple, il intervient à l'acte et le signe. Il est réputé avoir renoncé et ne peut plus agir qu'en respectant les droits des tiers.

La situation est la même si le vendeur a approuvé la revente après coup.

Seulement, il y aura parfois difficulté à savoir s'il l'a approuvée. Prenons un exemple. L'immeuble est vendu, un ordre est ouvert, le prix est distribué. Le vendeur produit à l'ordre. Doit-il être considéré comme ayant ratifié l'aliénation ? Ou bien peut-il encore, s'il n'est payé que partiellement, exercer l'action en résolution ? La question est controversée ; l'opinion commune est que la production du vendeur à l'ordre ouvert pour la distribution du prix de revente n'emporte pas, de sa part, renonciation au droit de résolution [2].

1. Aubry et Rau, IV, § 356, p. 405, n° 62, — Duranton, XVI, n° 364, — Troplong, *De la vente*, II, n° 662. — Larombière, article 1184, n° 109, — Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 105 *bis* II, — Laurent, XXIV, n° 364, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 569. — Cass. 31 janvier 1844, Sir. 1844.I.521, — Toulouse 26 avril 1875 et Cass. 20 janvier 1880, D. P. 1880.I.65.

2. En ce sens : Larombière, article 1184, n° 97, — Demante et Colmet de San-

Quatrième hypothèse.

281. Si la chose vendue est un meuble, le droit de résolution est doublement limité à l'égard des tiers, au moins à l'égard de certains tiers.

1° En matière commerciale, le droit de résolution disparaît complètement si l'acheteur est en faillite ; le vendeur, créancier du prix et non payé, ne peut plus venir qu'en qualité de créancier chirographaire. Tant que les marchandises non payées ne sont pas entrées dans le magasin de l'acheteur, le vendeur peut les revendiquer et est armé d'un privilège ; une fois qu'elles y sont entrées, les articles 550 et 576 du Code de commerce déclarent le vendeur déchu du droit de revendication comme du privilège, et il est admis que le droit de résolution suit le sort des deux droits précédents, bien qu'il ne soit pas expressément mentionné par les textes. Ces règles ont été posées dans l'intérêt de la masse, afin de sauvegarder le principe d'égalité entre les créanciers, principe qui est la loi de la faillite [1]. Nous ne pouvons que mentionner ces règles, en renvoyant, pour l'explication détaillée des textes, aux commentateurs du Code de commerce [2].

2° En toute matière, civile ou commerciale, la résolution, même prononcée contre l'acheteur, ne peut être opposée aux tiers que dans la mesure où la revendication est possible contre eux. Si donc il s'agit d'une chose mobilière, la résolution ne peut être opposée à un sous-acquéreur de bonne foi (articles 2279) ; la règle « en fait de meubles possession vaut titre », qui protège efficacement l'acquéreur de bonne foi contre le véritable propriétaire, le protège à plus forte raison contre le vendeur non payé. La résolution ne peut pas davantage être opposée à un créancier de l'acheteur qui aurait sur le meuble vendu un privilège préférable à celui du

terre, V, n° 104 *bis*, — Demolombe, *Contrat*, II, n°s 533 et suiv., — Guillouard, *Vente*, II, n° 605, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 567. — Orléans 14 août 1845, D. P. 1846.II.72, — Rouen 1er juin 1840, *Journal du Palais*, 1840.II.409. — Bordeaux 29 mai 1835, dans Dalloz, *Répertoire*, v° *Vente*, n° 1355. — *Secus* : Troplong, *Vente*, II, 659, — et Cass. 16 juillet 1818, dans Dalloz, *Répertoire*, v° *Vente*, n° 1341.

1. Voy. Thaller, *Traité élémentaire*, 3e édition, p. 836 et suiv.

2. Voy. Thaller, *loc. cit.*, p. 969 et suiv., — Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 2e édition, VIII, p. 113 et suiv., spécialement p. 116.

vendeur, ce qui est, par exemple, le cas du bailleur (article 2102-4° alinéa 3)[1].

Cinquième hypothèse.

282. C'est celle où la chose vendue est un immeuble.

Là surtout devait dominer, dans le règlement du droit de résolution au regard des tiers, la préoccupation du crédit, de la sécurité des droits ; la puissance du droit de suite, qui n'a d'autre limite, en matière immobilière, que la prescription, rend l'action résolutoire plus particulièrement redoutable. Depuis qu'on a compris l'importance économique du crédit, on tend à restreindre de plus en plus les effets de l'action résolutoire à l'égard des tiers, dans l'intérêt de la propriété foncière.

283. De là les restrictions suivantes, que nous allons classer dans l'ordre chronologique des lois qui les ont introduites.

Première restriction.

284. Aux termes de l'article 18 de la loi du 3 mai 1841, le droit de résolution disparaît en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique. L'immeuble exproprié va être affecté à un service public, le plus souvent incorporé au domaine public ; il ne saurait demeurer grevé d'un droit au profit du vendeur non payé : celui-ci n'a qu'à faire valoir son droit sur l'indemnité[2].

Deuxième restriction

285. Le droit de résolution a été restreint au cas de vente sur saisie à la requête des créanciers de l'acheteur. Cette restriction est une innovation de la loi du 2 juin 1841 sur la saisie immobilière, loi dont les dispositions, au point de vue qui nous occupe, ont été incorporées aux articles 691, 692 et 717 du Code de procédure[3]. Nous avons déjà rencontré ces articles à propos des privilèges et hypothèques[4] ; entre autres choses, ils règlent le sort du droit du vendeur

1. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 422 et suiv., — tome II, p. 53 et suiv., — Aubry et Rau, IV, § 356, p. 404.
2. Voy. Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 4e édition, p. 576, — Hauriou, *Précis de droit administratif*, 4e édition, p. 686.
3. Garsonnet, *Traité de procédure*, 1re édition, IV, § 678, p. 172 et suiv., — et § 712, p. 279 et suiv.
4. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 326 et 327.

non payé en cas de vente sur saisie, et ne font, en définitive, qu'appliquer à cet égard le principe posé par la loi du 3 mai 1841 en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique.

Antérieurement à la loi du 2 juin 1841, la résolution, une fois prononcée, était considérée comme opposable aux tiers sans distinction ; elle pouvait être opposée à l'adjudicataire sur saisie comme à un acquéreur amiable. Mais cette règle était préjudiciable aux plus graves intérêts. L'immeuble se vendait mal, du moment que l'adjudicataire restait exposé à l'action résolutoire ; par suite, le débiteur, en d'autres termes l'acheteur, n'était pas libéré dans la mesure où il aurait pu l'être sans cela, et les créanciers saisissants couraient risque de n'être pas payés.

Dans l'intérêt de tous, il fallait donc garantir l'adjudicataire. La loi de 1841, modifiant les articles 691, 692 et 717 du Code de procédure, s'est efforcée, sans sacrifier le vendeur, de soustraire l'adjudicataire à la résolution.

Aux termes des nouveaux articles 691 et 692, la saisie doit être notifiée à diverses personnes, notamment au vendeur de l'immeuble, avec sommation d'avoir à prendre connaissance du cahier des charges : « Si, parmi les créan-
« ciers inscrits, se trouve le vendeur de l'immeuble saisi,
« dit l'article 692-1°, la sommation à ce créancier sera faite,
« à défaut de domicile élu par lui, à son domicile réel, pour-
« vu qu'il soit fixé en France. Elle portera qu'à défaut de for-
« mer sa demande en résolution et de la notifier au greffe
« avant l'adjudication, il sera définitivement déchu, à l'égard
« de l'adjudicataire, du droit de la faire prononcer. »

Cette disposition est complétée par celle de l'article 717 :
« .....L'adjudicataire ne pourra être troublé dans sa propriété
« par aucune demande en résolution fondée sur le défaut de
« paiement du prix des anciennes aliénations, à moins
« qu'avant l'adjudication la demande n'ait été notifiée au
« greffe du tribunal où se poursuit la vente. Si la demande a
« été notifiée en temps utile, il sera sursis à l'adjudication, et
« le tribunal..... fixera le délai dans lequel le vendeur sera
« tenu de mettre fin à l'instance en résolution..... Ce délai
« expiré sans que la demande en résolution ait été définitive-
« ment jugée, il sera passé outre à l'adjudication, à moins que,
« pour des causes graves et dûment justifiées, le tribunal n'ait
« accordé un nouveau délai..... Si, faute par le vendeur de

« se conformer aux prescriptions du tribunal, l'adjudication « avait eu lieu avant le jugement de la demande en résolu- « tion, l'adjudicataire ne pourrait pas être poursuivi à raison « des droits des anciens vendeurs, sauf à ceux-ci à faire va- « loir, s'il y avait lieu, leurs titres de créances, dans l'ordre « de distribution du prix d'adjudication. »

Dans ces conditions, les intérêts de l'adjudicataire sont sauvegardés.

286. Cet article 717, si important pour l'application de l'article 1654, en tant qu'il limite l'action résolutoire du vendeur non payé, ne vise pas toutes les ventes judiciaires en général, mais seulement les ventes sur saisie[1]. Il ne protège que l'adjudicataire sur vente forcée, comme nous l'avons déjà dit en nous occupant de cet article à propos de la purge[2].

Troisième restriction.

287. Une disposition analogue a été introduite au profit des sociétés de crédit foncier par le décret-loi des 28 février-9 avril 1852. Aux termes de l'article 8 de ce décret, les prêts par les sociétés de crédit foncier ne sont possibles qu'après la purge 1° des hypothèques, — 2° des actions en résolution et en rescision. L'article 24 institue une procédure spéciale pour cette purge.

Mais ces règles ont perdu une partie de leur intérêt depuis que la loi du 10 juin 1853 (article 2) a rendu facultative la purge que l'article 8 du décret de 1852 déclarait obligatoire[3].

Quatrième restriction.

288. Elle est infiniment plus large que la précédente et résulte de l'article 7 de la loi du 23 mars 1855.

La règle introduite par la loi du 3 mai 1841 et par l'article 717 du Code de procédure, pour les cas d'expropriation et de vente sur saisie[4], est généralisée par la loi de 1855 et rendue

1. Voy. *infrà*, nos 428 et suiv.
La question est discutée de savoir si l'action résolutoire est éteinte par l'effet de la vente d'un immeuble au cas de faillite à la requête des syndics. Voy. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 2e édition, VIII, p. 24 et 25. — Cpr. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, n° 922, p. 327 et 328.
2. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 326 et 327, p. 332 et suiv.
3. *Ibid.*, p. 347 et 348, 364 et 365, 402 et suiv., — Laurent, XXX, p. 66 et suiv. et 122 et suiv.

applicable, sous une autre forme, aux ventes volontaires. De sorte que, dans l'état actuel du droit, les inconvénients de l'action résolutoire au regard des tiers, en matière d'immeubles, ont complètement disparu.

Les trois textes ont un but commun : limiter l'action résolutoire dans l'intérêt des tiers, plus exactement dans l'intérêt supérieur du crédit de la propriété foncière.

289. La règle introduite par l'article 7 de la loi de 1855 est la suivante : « L'action résolutoire établie par l'article 1654 « du Code civil ne peut être exercée après l'extinction du privilège du vendeur, au préjudice des tiers qui ont acquis « des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur, et qui se « sont conformés aux lois pour les conserver. » En d'autres termes, l'action résolutoire n'est désormais opposable aux tiers que si le privilège du vendeur peut leur être opposé.

Voici les motifs de cette réforme.

L'éventualité des évictions n'est une atteinte vraiment sérieuse à la propriété qu'autant qu'elle reste inconnue et peut surprendre. Péril annoncé et rendu public est presque conjuré, puisque ceux que le péril menace peuvent se garantir. Cette idée est la base du système de l'inscription en matière de privilèges et hypothèques, et du système de la transcription en matière d'actes translatifs de droits réels immobiliers[1]. Elle trouve aussi son application en ce qui concerne l'action résolutoire ; puisque l'action résolutoire menace les tiers, il importe à la stabilité de la propriété immobilière, à la sécurité des droits acquis sur les immeubles, que la menace de cette action soit rendue publique.

Comment le sera-t-elle ?

On aurait pu organiser un mode de publicité qui fût particulier à l'action résolutoire, et analogue à ce qu'est l'inscription en matière hypothécaire. L'article 958 organise une publicité de ce genre en matière de donations[2]. Mais ç'aurait été une complication inutile que d'organiser une publicité de ce genre en ce qui concerne l'action résolutoire. En effet, le vendeur d'immeubles possède deux droits comme garantie du paiement : le privilège et l'action résolutoire, opposa-

1. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 292 et suiv., — tome II, p. 31 et suiv., 174 et suiv., 312 et suiv. — Cpr. *Les contrats et les obligations*, p. 204 et suiv.

2. Cpr. *Les contrats et les obligations*, p. 207.

bles l'un et l'autre aux créanciers de l'acheteur et aux tiers acquéreurs de l'immeuble[1]. Du moment que le privilège est soumis à la publicité par l'article 2108 du Code civil et par l'article 6 de la loi du 23 mars 1855[2], il suffit, pour éviter que l'action résolutoire soit une cause de surprises, qu'elle ne puisse être exercée que quand l'exercice du privilège est encore possible. Ce qui importe aux tiers, c'est de savoir s'ils peuvent être inquiétés ; il leur est indifférent, quand ils peuvent l'être, que ce soit par l'exercice du privilège ou par l'exercice de l'action résolutoire, puisque le résultat est le même dans les deux cas en ce qui les concerne. Donc, tant que le privilège est opposable aux tiers, on peut admettre, sans augmenter le péril, que l'action résolutoire le soit aussi ; c'est toujours une éviction éventuelle. Poser en principe que le bénéfice de l'action résolutoire est subordonné, au regard des tiers, à la conservation du privilège, c'est assurer aux tiers qu'ils ne seront pas inquiétés à leur insu ; la publicité du privilège devient ainsi, d'une manière indirecte, le mode de publicité du droit de résolution : l'action résolutoire est portée à la connaissance des tiers comme le privilège et par le privilège.

Tel est le système de l'article 7 de la loi de 1855.

290. A cet égard comme à tant d'autres, la loi de 1855 a modifié profondément le régime antérieur.

D'après le Code civil de 1804, l'action résolutoire de l'article 1654 était indépendante du privilège établi par l'article 2103-1°. Le vendeur la conservait bien qu'il n'eût pas rempli les formalités prescrites pour la conservation du privilège, et même quand il avait soit formellement renoncé à ce privilège, soit négligé de produire à l'ordre ouvert sur le prix ; il pouvait aller jusqu'à opposer l'action résolutoire à un tiers qui avait régulièrement purgé l'immeuble. En un mot, l'action résolutoire et le privilège étaient complètement distincts l'une de l'autre.

C'était une cause d'incertitude perpétuelle dans l'état de la propriété foncière, cause occulte et toujours menaçante. L'acheteur purgeait, ou obtenait du vendeur une renonciation au privilège ; il se croyait en sûreté ; puis l'action résolutoire surgissait.

1. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 6.
2. *Ibid.*, p. 34, 40, 46, 313 et suiv.

Un tel inconvénient n'est plus à craindre désormais. Tant que le tiers est exposé au privilège, il reste exposé à l'action résolutoire ; dès qu'il est à l'abri du privilège, il est, par là même, à couvert de l'action résolutoire.

Donc, si le vendeur a renoncé à son privilège au profit d'un tiers lors de la revente de l'immeuble, — s'il l'a perdu faute de l'avoir inscrit en temps utile, — s'il a pris inscription, puis a laissé périmer l'inscription prise faute de la renouveler dans le délai voulu [1], — si l'acheteur a purgé, ou, d'une façon plus générale, s'il détient en vertu d'une des causes qui mettent fin au droit de suite (adjudication sur surenchère du dixième, vente publique volontaire suivie de surenchère du sixième, etc.) [2], — si enfin, en cas d'ouverture d'un ordre sur le prix, le vendeur n'a pas produit en temps utile (article 755 C. proc. civ.), de sorte qu'il soit déchu de son privilège [3], — dans tous ces cas, le privilège n'existant plus, la résolution n'est plus opposable aux tiers [4].

En résumé, les deux droits sont liés quant à leur exercice contre les tiers, de telle sorte que la perte du privilège entraîne la perte de l'action résolutoire ; et, comme le privilège est soumis à la publicité, l'action résolutoire se trouve y être également soumise, comme lui et par lui. En conséquence, l'un des risques qui menaçaient la stabilité de la propriété foncière, avant 1855, se trouve avoir disparu.

291. La règle est bonne. S'il importe que les vendeurs soient payés, les garanties qu'on leur donne ne doivent pas être tellement énergiques qu'elles portent atteinte au crédit de la propriété foncière.

Toutefois, il importe de bien comprendre la règle, et de ne pas en exagérer la portée. A cet effet, il faut se garder d'une formule souvent employée, mais tout à fait incorrecte et inexacte, qui consiste à dire que les deux droits sont liés de telle sorte que la perte de l'un entraîne celle de l'autre, qu'ils sont solidarisés et n'existent que conjointement. L'ar-

1. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 231 et suiv.
2. *Ibid.*, p. 341 et suiv., 326 à 329.
3. *Ibid.*, p. 421.
4. Voy. sur ces divers points : Périgueux 15 mai 1877, *Le Droit* du 12 septembre, — Cass. 10 juin 1879, Sir. 1881.I.419, — 11 janvier 1881, *Le Droit* du 8 septembre, — 24 mars 1891, D. P. 1891.I.145, *Pandectes françaises périodiques*, 1891.I.401 (note de M. Colin), Sir. 1891.I.209 (note de M. Lyon-Caen).

ticle 7 n'a rien voulu dire de pareil, ainsi qu'on va le voir en déterminant avec précision sa véritable portée.

292. Présentons à cet effet deux observations.

a) Si l'article 7 subordonne l'action résolutoire au privilège, la réciproque n'est pas vraie. Le vendeur peut conserver le privilège alors qu'il a perdu l'action résolutoire, ce qui prouve que les deux droits ne sont pas solidarisés.

Cette conjoncture peut se produire par application directe de l'article 717 du Code de procédure, en cas de saisie par les créanciers de l'acheteur. Le vendeur ne peut pas agir en résolution contre l'adjudicataire et perd, par conséquent, son action résolutoire dès que l'adjudication est intervenue [1]. Or, ce qui purge les privilèges et hypothèques, ce n'est pas l'adjudication elle-même, mais la transcription de l'adjudication ; le vendeur conserve son privilège jusqu'à l'accomplissement de cette formalité par l'adjudicataire, alors qu'il n'a plus l'action résolutoire ; il conserve même un droit de préférence, après la transcription de l'adjudication, jusqu'au paiement du prix ou jusqu'à l'épuisement des deniers [2]. Donc, dans l'intervalle entre l'adjudication et la transcription, ou mieux dans l'intervalle entre l'adjudication et la clôture de l'ordre, il n'y a plus de résolution possible, mais le privilège subsiste.

b) L'action résolutoire n'est subordonnée à l'existence du privilège qu'au regard des tiers et en tant qu'elle leur serait opposée. Le vendeur la conserve, même après la perte de son privilège, en tant qu'il s'agit pour lui de l'opposer à d'autres que les tiers. Par « tiers » il faut entendre, d'après le texte même de l'article 7 « ceux qui ont acquis des droits sur l'im« meuble du chef de l'acquéreur », autrement dit des tiers invoquant des droits réels immobiliers ; le texte ajoute : « et « qui se sont conformés aux lois pour les conserver », autrement dit qui les ont rendus publics par transcription ou inscription. Tel est le sens habituel du mot « tiers » dans toute la loi de 1855 [3].

En conséquence, peuvent se prévaloir de l'article 7, à l'effet d'écarter, en ce qui les concerne, l'action résolutoire du vendeur : 1° les sous-acquéreurs, acheteurs du chef de l'ache-

1. Voy. *suprà*, n° 278.
2. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 343, 420, 421.
3. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 219.

teur, qui ont transcrit leur titre, qu'il s'agisse des sous-acquéreurs de la propriété, ou d'un autre droit réel comme l'usufruit ou une servitude, — 2° les créanciers hypothécaires ou privilégiés de l'acheteur qui ont pris inscription.

A l'inverse, le vendeur conserve le bénéfice de l'action résolutoire, malgré la perte de son privilège, contre les personnes suivantes. D'abord contre l'acheteur lui-même[1], car l'article 7 ne vise que les rapports du vendeur non payé avec les tiers, et non les rapports du vendeur avec l'acheteur, lesquels restent réglés par le Code civil. En second lieu, le vendeur conserve le bénéfice de l'action résolutoire contre les créanciers chirographaires de l'acheteur[2]; ils sont des tiers à un certain point de vue, mais pas dans le sens que l'article 7 de la loi de 1855 attache à cette expression : tiers qui ont des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur et qui se sont conformés aux lois pour les conserver ; les rapports du vendeur avec les créanciers chirographaires de l'acheteur restent réglés par le Code civil. Cela n'est pas contestable ; l'esprit de la loi concorde ici avec les textes : la loi de 1855 est une loi de crédit foncier, elle n'a trait qu'aux droits réels immobiliers, elle ne vise que le crédit de ces droits, et l'article 7 n'est pas applicable tant que ces droits ne sont pas intéressés.

293. De ce que nous venons de dire va découler la solution qu'il convient de donner à deux questions pratiques, qui font l'objet de sérieuses controverses depuis la loi de 1855. Voici quelles elles sont.

Lorsqu'un vendeur non payé n'a pas fait les diligences nécessaires pour assurer la conservation de son privilège, diverses circonstances peuvent entraîner la perte de ce privilège et, par suite, la perte de l'action résolutoire en tant que le vendeur l'opposerait aux tiers. D'après les articles 2146 et 2166, ces circonstances sont les suivantes : 1° l'aliénation de l'immeuble par l'acheteur, — 2° le décès du débiteur suivi d'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire, — 3° la faillite du débiteur[3].

Pas de difficulté en cas d'aliénation de l'immeuble. Le

1-2. *Sic* : Aubry et Rau, 4e édition, IV, § 356, p. 402, — Guillouard, *De la vente*, 2e édition, II, n° 594, p. 132 ; — Cass. 27 mars 1861, D. P. 1861.I.103, Sir. 1861.I.758, — Lyon 6 avril 1865, D. P. 1866.V.487, Sir. 1866.II.196.

3. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 32 et suiv., 312 et suiv.

vendeur, à la suite d'une aliénation faite par l'acheteur, est en présence d'un sous-acquéreur, c'est-à-dire d'un vrai tiers au sens de la loi de 1855 ; le vendeur, faute d'avoir inscrit ou transcrit en temps utile, perd son privilège et, par là même, l'action résolutoire. Au surplus, cette règle ne présente pas grand danger pour le vendeur ; il ne peut pas être surpris, car, nonobstant l'aliénation ou la transcription qui aurait été opérée par le sous-acquéreur, il a quarante-cinq jours à partir de la vente pour inscrire lui-même son privilège (loi de 1855, article 6) [1].

Mais en est-il de même dans les deux autres cas?

PREMIER CAS

294. L'acheteur meurt sans avoir transcrit son titre, puis ses héritiers acceptent sa succession sous bénéfice d'inventaire. Le privilège, qui n'avait pas été inscrit lors du décès, ne peut plus être inscrit utilement après (article 2146) ; il est donc définitivement perdu [2].

Le vendeur conserve-t-il du moins l'action résolutoire?

S'il ne la conserve pas, la situation est grave pour lui. En effet, il n'est pas, dans le cas qui nous occupe, protégé par un délai comme en cas d'aliénation ; il va se trouver victime des circonstances, sans avoir aucune négligence à se reprocher, si l'acheteur vient à mourir peu de temps après la vente.

La Cour de cassation a décidé, en 1861, qu'il conserve l'action résolutoire [3]. Sans doute l'article 7 subordonne la recevabilité de l'action résolutoire à la conservation du privilège, et, dans notre hypothèse, le privilège est perdu faute de pouvoir être inscrit ; mais l'action résolutoire n'est subordonnée à la conservation du privilège que dans la mesure où l'exercice de cette action pourrait porter préjudice « aux tiers « qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'ac- « quéreur, et qui se sont conformés aux lois pour les conser- « ver » ; or le vendeur oppose l'action résolutoire non pas à des tiers, mais aux héritiers de son débiteur, aux héritiers

1. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 34 et 35.
2. *Ibid.*, p. 36 et 37.
3. Cass. 27 mars 1861, D. P. 1861.I.103, Sir. 1861 I.758. — Cpr Montpellier 6 avril 1859, Sir. 1859.II.594, — trib. de la Seine 21 février 1891, *La Loi* du 14 mars. — Voy. aussi Guillouard, *Vente*, 2e édition, II, n° 598, p. 137,— Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 2e édition, VII, p. 245, note 2, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1606.

de l'acheteur, aux créanciers de la succession, et ceux-ci n'ont acquis aucun droit sur l'immeuble, de sorte que la situation est toute différente de celle qui est prévue par l'article 7, lequel est inapplicable.

SECOND CAS.

295. L'acheteur tombe en faillite. Le privilège du vendeur n'avait été rendu public ni par transcription, ni par inscription ; le vendeur perd son privilège, faute de pouvoir l'inscrire. Conserve-t-il au moins l'action résolutoire ?

S'il ne la conserve pas, il court un danger grave. En effet, dans ce cas comme dans le précédent, aucun délai ne lui est imparti ; de sorte que, si l'acheteur tombe en faillite aussitôt après la vente, le vendeur se trouvera avoir perdu son privilège sans avoir commis de négligence.

296. Dans un premier système, on admet que le vendeur conserve le droit d'exercer l'action résolutoire. Cette manière de voir est adoptée par beaucoup d'interprètes du Code civil [1]. Ils s'efforcent de la justifier en alléguant qu'elle est conforme à l'esprit et au texte de l'article 7 de la loi de 1855.

D'abord à son esprit. L'article 7, dit-on, n'a pas été écrit en vue de ce cas. Il a été introduit dans l'intérêt des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble et les ont conservés en se conformant aux lois ; la loi de 1855 a été faite pour protéger la propriété foncière et pour développer le crédit foncier. Or le vendeur, en cas de faillite de l'acheteur, ne se trouve pas en présence de tiers ayant acquis des droits réels sur l'immeuble, mais en présence des créanciers de la faillite, et la masse n'est pas un tiers.

On ajoute que le texte même de l'article 7 fournit un argument dans le même sens. Le texte dit que « l'action résolutoire..... ne peut être exercée après l'extinction du privilège..... » Or, en cas de faillite de l'acheteur survenue avant la transcription ou l'inscription, on ne peut pas dire que le privilège soit éteint ; la faillite le rend seulement inefficace au regard de la masse (articles 446 et 448 C. com.) ;

1. Voy. Pont, *Privilèges et hypothèques*, n° 902, — Demangeat sur Bravard, *Droit commercial*, V, p. 297, en note, — Aubry et Rau, 4e édition, III, § 278, p. 359, note 10, — IV, § 356, p. 402, — Demante et Colmet de Santerre, IX, nos 120 *bis* XIII et XIV, — Mourlon, *Transcription*, II, nos 817 et suiv., p. 87 et suiv., — Guillouard, *Vente*, 2e édition, II, p. 135.

la preuve en est que le privilège et l'action résolutoire subsistent certainement si les créanciers de la faillite sont désintéressés, ou si la faillite vient à disparaître par résolution ou nullité.

Donc, ni d'après l'esprit de la loi de 1855, ni d'après son texte, la déchéance n'est applicable au cas qui nous occupe.

297. Dans un second système, on propose de faire une distinction [1]. Le vendeur, dit-on, peut être considéré comme conservant le droit d'exercer l'action résolutoire même après la perte de son privilège tant que le syndic de la faillite n'a pas pris, au nom de la masse créancière, inscription de l'hypothèque légale sur les immeubles du failli (article 490 C. com.) [2]; dans ce cas, en effet, la masse n'est pas un tiers. Mais la situation change après que l'inscription de l'hypothèque légale a été prise par le syndic ; le vendeur se trouve bien alors en présence de tiers qui ont un droit sur l'immeuble et qui l'ont conservé ; l'application de l'article 7 est imposée tout à la fois par le texte de cet article et par l'esprit général de la législation de 1855.

Mais les partisans du premier système contestent la valeur de ce raisonnement. La considération qu'ils font valoir est la suivante. L'hypothèque des créanciers sur les immeubles du failli présente ce caractère tout particulier qu'elle est conservatoire des intérêts de la masse envisagée comme une collectivité ; donc le vendeur ne se trouve pas vraiment en présence de « tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble », car cette formule, employée par le législateur de 1855, prouve qu'il a entendu s'occuper seulement des tiers ayant acquis des droits réels individuels sur les biens vendus et non payés. Ils concluent de la sorte : dans tous les cas, même après l'inscription de l'hypothèque légale, le vendeur qui ne peut plus invoquer son privilège conserve l'action résolutoire à l'égard des créanciers de la faillite, attendu que la masse des créanciers n'est pas un tiers au sens de la loi de 1855.

298. Enfin il existe un troisième système, d'après lequel la perte du privilège entraîne toujours celle de l'action résolutoire, sans qu'il y ait à s'occuper de savoir si l'inscription de l'hypothèque légale de la masse a été prise ou non par le

1. Voy. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 2e édition, VII, p. 245, — la note dans D.P.1889.II.369,— Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *loc. cit.*, II, n° 1605.
2. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 96 et 176.

syndic. Les partisans de ce système invoquent la généralité des termes employés par l'article 7 de la loi de 1855. L'action résolutoire cesse de pouvoir être exercée à l'encontre de la masse après la perte du privilège, même avant l'inscription de l'hypothèque légale, car la masse est un véritable tiers ayant acquis un droit sur l'immeuble et l'ayant conservé d'une façon régulière [1].

299. Entre ces trois systèmes, quelle est la position qu'a prise la jurisprudence ?

Pendant longtemps, les Cours d'appel se sont prononcées en faveur du premier système [2], au nom des arguments que nous avons indiqués [3]. Seulement tous les arrêts paraissent être intervenus dans des hypothèses où l'inscription de l'hypothèque légale n'avait pas été prise par le syndic, et n'ont pas eu, par conséquent, à se prononcer sur la distinction proposée par les partisans du second système.

En 1859, la Cour de Riom a été saisie d'une espèce dans laquelle le syndic avait pris inscription de l'hypothèque de la masse, et elle a décidé que l'action résolutoire du vendeur devient par là même irrecevable [4]. En d'autres termes, la Cour de Riom s'est prononcée en faveur du second système, en s'appuyant sur les arguments que nous avons indiqués [5].

La Cour de cassation n'a été appelée à statuer sur la question qu'en 1860. Dans l'espèce, il n'y avait pas eu inscription de l'hypothèque légale de la masse. La Chambre civile, par arrêt du 1er mai 1860 [6], a décidé que le vendeur conserve le droit d'exercer l'action résolutoire malgré la perte de son privilège.

Moins d'un mois plus tard, la Cour de Grenoble faisait un pas de plus. Par arrêt du 24 mai 1860 [7], elle adoptait la même solution dans une espèce où l'inscription de l'hypothèque de la masse avait été prise par le syndic.

Plusieurs arrêts de Cours d'appel ont consacré la même

1. Voy. Rivière et Huguet, *Questions sur la transcription*, nos 374 et 375, — Troplong, *Transcription*, nos 282, 295 et suiv.
2. Bordeaux 15 juillet 1857, D. P. 1857.II.185, Sir. 1857.II.642, — Grenoble 13 mars 1858, D. P. 1858.II.176, Sir. 1859.II.209.
3. Voy. *suprà*, n° 296.
4. Riom, 1er juin 1859, Sir. 1859.II. 592.
5. Voy. *suprà*, n° 297.
6. D. P. 1860.I.236, Sir. 1860.I.602.
7. Sir. 1860.II.526.

solution pendant les années qui ont suivi[1], sans qu'il soit facile, d'ailleurs, de discerner pour la plupart s'ils sont intervenus dans des hypothèses où l'hypothèque de la masse avait été inscrite. La jurisprudence semblait fixée en ce sens, lorsque la Cour d'Agen se prononça en sens contraire le 5 décembre 1887. Un pourvoi fut formé contre cet arrêt et la Chambre civile de la Cour de cassation revenant sur sa jurisprudence de 1860, décida, par arrêt du 24 mars 1891, que le vendeur perd l'action résolutoire dans le cas prévu, en d'autres termes que la masse est un tiers au sens de la loi de 1855[2].

Dans l'espèce, le privilège avait été inscrit d'office avant la faillite, à la suite de la transcription faite par l'acheteur ; puis le vendeur avait laissé périmer l'inscription, et la faillite était survenue avant qu'une nouvelle inscription eût été prise. De plus, le syndic avait pris inscription au nom de la masse (article 490 C. com.). L'arrêt décide — s'appuyant sur les arguments que nous avons indiqués[3] — que le privilège ne peut plus être inscrit au préjudice de la masse, qu'il se trouve par conséquent perdu, et que cette perte entraîne celle de l'action résolutoire.

Depuis 1891, plusieurs décisions ont été rendues dans le même sens[4], et il ne semble pas qu'il en ait été rendu en sens contraire. La Chambre des requêtes, par un arrêt du 7 février 1898[5], s'est ralliée à la thèse de la Chambre civile.

Est-ce à dire que cette jurisprudence soit définitive ? Il est permis d'en douter.

D'une part, les arrêts de la Cour de cassation de 1891 et de 1898 passent sous silence les motifs sur lesquels était fondée la décision de 1860, mais sans les réfuter, de sorte que ces motifs n'ont rien perdu de leur force.

1. Dijon 13 juin 1864, Sir. 1864.II.244, — Lyon 6 avril 1865, D. P. 1866.V. 487, Sir. 1866.II.196, — trib. de Langres 8 juin 1888, *Gazette du Palais*, 1888. II.185, — trib. de la Seine 24 novembre 1889, *Le Droit* du 24 décembre.

2. D. P. 1891.I.145 *Pandectes françaises périodiques*, 1891.I.401 (note de M. Colin), Sir. 1891.I.209 (note de M. Lyon-Caen).

3. *Suprà*, n° 298.

4. Voy. Riom 16 décembre 1891, *La Loi* du 28 janvier 1892, *Journal des faillites*, 1892, p. 20, — trib. de com. d'Epernay 18 décembre 1895, *Journal des faillites*, 1896, p. 137, — Orléans 22 mai 1896, *Journal des tribunaux de commerce*, 1897, p. 701, — Paris 18 juin 1897, D. P. 1898.II.119, — trib. de Gourdon 11 janvier 1898, D. P. 1899.II.369 (et la note).

5. D. P. 1898.I.459, Sir. 1899.I.307, *Pandectes françaises*, 1898.I.305.

D'autre part, les arrêts de la Cour de cassation de 1891 et de 1898 ont statué dans l'hypothèse d'une inscription prise par le syndic au nom de la masse. Que déciderait la Cour s'il y avait faillite déclarée, sans que le syndic eût fait inscrire l'hypothèque de la masse sur les biens du failli ? C'est précisément l'hypothèse sur laquelle la Chambre civile avait eu à statuer en 1860. L'argumentation de l'arrêt de 1891 semble impliquer que l'action résolutoire devrait être considérée comme subsistant dans ce cas, puisque les considérants, pour établir que l'action résolutoire est perdue dans l'hypothèse dont il s'agit, insistent sur l'idée que la masse a acquis un droit sur la chose et l'a conservé en se conformant aux lois.

Que si l'on étend la doctrine de l'arrêt de 1891 au cas où le syndic n'a pas pris inscription au nom de la masse, il est difficile, inadmissible même, que la jurisprudence ne fasse pas un pas de plus. Si, en cas de faillite de l'acheteur, les créanciers de la masse sont des tiers, même en l'absence de toute inscription prise par le syndic, pourquoi refuser la qualité de tiers, en cas de décès de l'acheteur suivie d'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire, aux créanciers de la succession? Il faudrait revenir alors sur l'arrêt de 1861 [1]. Sans doute il existe une différence entre les deux cas : il y a des tiers dans le premier cas, tandis qu'il n'y en a pas dans le second ; mais on assimilait les deux cas avant 1891, de sorte que les deux questions sont liées, et il paraît difficile que les solutions ne soient pas identiques. Les deux arrêts de 1860 et de 1861 concordaient; celui de 1891 jure avec celui de 1861.

Dès lors, il pourrait se faire qu'il y eût place pour quelque chose de nouveau dans le développement de la jurisprudence. Force sera de revenir sur la doctrine qui a prévalu en 1891, ou de l'étendre à d'autres cas.

300. Quoi qu'il en soit de ces controverses, deux points restent acquis, en ce qui concerne l'article 7 de la loi de 1855. Il se peut : 1° que le vendeur conserve son privilège malgré la perte de l'action résolutoire, — 2° que le vendeur conserve son

1. *Suprà*, n° 294.

action résolutoire malgré la perte de son privilège, quand il oppose l'action résolutoire à d'autres qu'aux tiers.

En conséquence, on exagère la portée de l'article 7 de la loi de 1855 quand on dit que cet article solidarise le privilège et l'action résolutoire. La portée du texte est plus restreinte. L'action résolutoire est subordonnée au privilège lorsque le vendeur l'oppose aux tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble et les ont conservés en se conformant aux lois; à tous autres égards, le droit antérieur reste applicable et l'action résolutoire demeure indépendante du privilège.

Répétons une dernière fois que l'article 7 édicte une règle de crédit foncier, introduite dans l'intérêt exclusif des acquéreurs de droits réels sur l'immeuble. Le texte a beau ne pas avoir une portée plus large, il n'en a pas moins consacré une réforme capitale.

III. Restrictions que la mort du vendeur fait subir au droit de résolution en matière de vente.

301. Si le vendeur défunt est représenté par un seul héritier, rien n'est changé à la situation. L'héritier a contre les tiers tous les droits de son auteur.

Il n'en est pas de même si le vendeur est représenté par plusieurs héritiers. Chacun d'eux devient créancier d'une partie du prix et a le droit d'intenter l'action en résolution. Mais chacun des héritiers ne peut agir que pour sa part et portion (article 1220), car la créance dont il s'agit n'a rien d'indivisible. Est-ce donc à dire que l'acheteur va se trouver exposé à des résolutions partielles ?

Un tel résultat serait inadmissible en raison. Ayant acquis un immeuble, l'acheteur prétend à juste titre le garder en entier ou ne pas le garder du tout ; on ne saurait lui imposer d'en conserver une portion ni, dès lors, le soumettre à résolution pour partie.

La loi ne règle pas ce point. Mais, dans une hypothèse tout à fait analogue, elle trace des règles fort sages. L'hypothèse est celle du réméré. L'acheteur, actionné par un des héritiers du vendeur, peut exiger que les autres héritiers soient mis en cause et qu'ils s'entendent pour la reprise de l'héritage en entier (articles 1669 et 1670) [1]. L'article 1685

1. Voy. *infrà*, p. 242 et 243.

fait application des mêmes principes en cas de rescision [1]. Pourquoi n'en pas faire application ici ? Les motifs sont identiques. Toutefois, la question est controversée [2].

1. Voy. *infrà*, p. 243.

2. Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 399, texte et note 27, — Larombière, article 1184, n° 79, — Guillouard, *Vente*, 2e édition, II, n° 574, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 544, — Laurent, XXIV, n° 352. — Cpr. Paris 12 février 1844, Dalloz, *Répertoire*, v° *Vente*, n° 1356, Sir. 1844. II. 115.

CHAPITRE IV

DES MODALITÉS DONT LE CONTRAT DE VENTE EST SUSCEPTIBLE

302. Une seule des modalités spéciales à la vente est visée formellement au titre *De la vente*: c'est la faculté de rachat ou de réméré (articles 1659 et suivants). Mais l'article 1584 laisse entendre que la vente est susceptible de toutes les modalités qui peuvent affecter les conventions en général: le terme, la condition, etc. Quant à l'effet de ces modalités, l'article 1584 renvoie au droit commun. Nous n'avons rien de spécial à signaler sur ce sujet.

Il suffira d'insister sur les modalités qui sont particulières à la vente, ou qui présentent, appliquées à la vente, quelques particularités. Nous allons signaler sommairement : 1° quelques stipulations accessoires usitées en matière de vente,— 2° certaines conditions résolutoires spéciales à la vente.

SECTION I. — De quelques stipulations accessoires usitées en matière de vente.

303. Toutes les clauses qu'il convient aux parties d'ajouter à la vente sont valables et obligatoires, pourvu toutefois qu'elles réunissent les conditions nécessaires à la validité des conventions en général (article 1134).

Deux de ces stipulations méritent une attention particulière: le pacte de préférence, et la déclaration de command ou élection d'ami.

§ 1. — Le pacte de préférence.

304. On désigne sous ce nom la clause qui assure au vendeur actuel le droit d'avoir la préférence sur toute autre personne, à prix égal, dans le cas où l'acheteur viendrait à

revendre plus tard la chose. On comprend que le vendeur, contraint de vendre un objet auquel il est attaché, se réserve la faculté de le reprendre, si possible, au cas où l'acheteur l'aliénerait à son tour.

Cette clause oblige l'acheteur : 1° à prévenir le vendeur quand il projette de revendre, afin que celui-ci puisse faire valoir son droit, — 2° à le choisir de préférence comme acheteur s'il accepte les conditions qui sont offertes par d'autres.

En cas d'infraction, le pacte de préférence ne confère au vendeur qu'une action en dommages-intérêts, car cette convention n'a pas d'autre effet que de faire naître à la charge de l'acheteur une obligation de faire ; il n'autorise pas la revendication contre le second acquéreur[1]. L'opinion contraire a cependant été soutenue ; on a prétendu que le pacte de préférence vaut promesse de vente conditionnelle de la part de l'acheteur[2].

§ 2. — **La déclaration de command ou élection d'ami.**

305. Cette clause est plus importante que la précédente. L'expression « élection ou déclaration de command ou d'ami » est celle dont se sert la loi du 22 frimaire an VII, dans une disposition dont nous parlerons bientôt.

306. Voici en quoi consiste cette clause. L'acheteur se réserve, dans le contrat, la faculté de se substituer une autre personne, actuellement connue ou inconnue, peu importe, et de lui passer son marché.

Dans la plupart des ventes, l'acquéreur en nom, celui qui intervient au contrat, est en même temps l'acquéreur réel, celui qui doit rester acquéreur. Il est vrai que l'acquéreur en nom peut ne se présenter que comme mandataire, auquel cas il acquiert pour le mandant ; mais si les effets de la vente, dans ce cas, se produisent directement en la personne du man-

1. En ce sens : Aubry et Rau, IV, § 353, p. 359, — Guillouard, *De la vente*, 2e édition, I, n° 60, p. 67, — Laurent, XXIV, n°s 17 et 135. — Cpr. Cass. 9 juillet 1834, Sir. 1834.I.741, — Agen 1er février 1869, Sir. 1869.II.141, — Toulouse 17 mai 1880, D. P. 1881.II.220, Sir. 1880.II.322.

2. Voy. Guillouard, *op. cit.*, I, n° 60, — Laurent, XXIV, n° 17, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 71, — Aubry et Rau, IV, § 352, p. 359, — note dans D. P. 1903. II. 41. — Cpr. Riom 30 juin 1843, D. P. 1845.II.58, Sir. 1844.II.343, — Cass. 22 janvier 1868, D. P. 1868 I. 170, — 10 décembre 1883, D. P. 1884. I. 134.

dant, ce n'est pas parce que le mandataire se substitue ultérieurement une tierce personne, c'est en vertu des principes du mandat (article 1984), parce que le mandataire n'agit qu'au nom du mandant.

Au cas d'élection d'ami, les choses se passent autrement. L'acquéreur en nom acquiert pour lui-même; mais il se réserve de désigner après coup une tierce personne qui prendra sa place dans le marché, de telle sorte qu'il sera censé n'avoir agi qu'au nom et pour le compte de cette tierce personne, comme si elle lui avait donné mandat ou commandement.

Tantôt l'acheteur élira un seul command et lui passera son marché entier. Tantôt il élira plusieurs commands, et passera à chacun d'eux une portion du marché ; il agira de la sorte quand il voudra revendre en détail des choses achetées par lui en bloc.

Dans un cas comme dans l'autre, le droit de déclarer command n'appartient à l'acheteur qu'autant qu'il se l'est réservé par le contrat. A défaut d'une pareille réserve, la rétrocession constituerait une nouvelle vente, donnant ouverture à un nouveau droit de mutation, et nécessitant une nouvelle transcription s'il s'agit d'un immeuble. Si, au contraire, l'acheteur s'est réservé la faculté de déclarer command, il peut passer son marché sans qu'il y ait nouvelle vente, dès lors sans qu'il y ait nouvelle mutation.

Là est l'intérêt principal de cette réserve. On en use quand on achète avec l'intention de revendre tout de suite. La personne désignée remplace l'acquéreur en nom et est censée avoir traité elle-même avec le vendeur.

Elle présente une autre utilité. C'est le moyen qu'on emploie quand on veut faire une acquisition sans se faire connaître. Il y a parfois grand intérêt à agir ainsi. Souvent, la considération de la personne de l'acheteur entre comme élément dans la fixation du prix; le vendeur élève ses prétentions lorsqu'il se trouve en présence d'une personne qu'il sait désireuse d'acheter. Quand il s'agit, par exemple, d'une parcelle de terre que l'on sait être vivement désirée par le propriétaire d'une parcelle voisine, on fait, suivant l'expression consacrée, payer à l'acheteur la convenance.

307. Telle est la clause d'élection d'ami. Et voilà quelle en est l'utilité.

Les effets qu'elle produit sont singuliers. La déclaration

de command faite par l'acheteur ne résout pas la première vente ; elle ne fait que substituer, dans cette vente, un ou plusieurs acquéreurs nouveaux à l'acquéreur originaire. Jusqu'à ce que l'acquéreur en nom déclare command, il peut accomplir tous les actes de propriété et de jouissance ; il sera censé les avoir accomplis pour son command à venir, de même qu'il sera censé avoir acheté pour ce command. C'est surtout à cet égard qu'apparaît la différence entre la déclaration de command et le mandat.

308. La déclaration de command ne s'est appliquée d'abord qu'aux ventes judiciaires. Les personnes qui ne se souciaient pas que leur nom fût prononcé dans la Chambre des criées, ou bien celles qui avaient un intérêt à se dissimuler, faisaient acheter par un tiers, qui se portait acquéreur pour son propre compte et subrogeait ultérieurement le command en son lieu et place.

Des ventes publiques l'usage de la déclaration de command passa aux ventes amiables. On s'en servit comme d'un moyen pour opérer des reventes sans payer une seconde fois le droit de mutation.

A l'heure actuelle, cette clause est fort usitée. Elle n'est pas signalée au Code civil, où l'acheteur en nom est toujours réputé être l'acheteur véritable et définitif. Elle était admise dans l'ancienne France[1], et se trouve rappelée dans plusieurs lois de l'époque intermédiaire, spécialement dans l'article 69, encore en vigueur, de la loi du 22 frimaire an VII, sur l'enregistrement.

En effet, c'est surtout au point de vue fiscal que cette clause présente de l'intérêt. Or la loi fiscale n'admet les déclarations de command, avec leurs effets complets, que sous deux conditions ; elle exige : 1° que la faculté ait été stipulée dans l'acte, — 2° que la déclaration de command soit faite dans les vingt-quatre heures de l'adjudication ou du contrat, et notifiée à l'Administration. A défaut de ces conditions, la déclaration serait une revente, passible, comme telle, d'un nouveau droit[2].

A ce point de vue notamment, il faut se garder de confon-

1. Voy Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 173, — Dalloz, *Répertoire*, v° *Vente*, n° 214.

2. Le texte à consulter est l'article 69 de la loi de frimaire an VII, § 4-4°, § VII-3°. — Cpr. trib. de Chambéry 11 juin 1889, D. P. 1890.III.64.

dre les acquisitions par mandataire et les acquisitions avec clause d'élection d'ami. En cas de mandat, la loi fiscale ne contient aucune disposition analogue à celle que contient la loi de frimaire an VII. Toutefois, il existe quelque chose d'approchant dans une hypothèse spéciale de mandat : quand un achat a été fait par un avoué à la Chambre des criées, l'officier ministériel figure en son nom personnel, et il a trois jours pour déclarer le client au nom duquel il s'est porté adjudicataire (article 707 C. proc civ.). Il n'y a pas là une déclaration de command, mais une production du mandat ; aussi l'article 707 dit-il que l'avoué dernier enchérisseur doit, dans les trois jours de l'adjudication [1], déclarer l'adjudicataire et fournir son acceptation, ou, sinon, représenter son pouvoir. D'où cette double conclusion : 1° qu'il n'est point nécessaire d'insérer une réserve dans le contrat, — 2° qu'il n'y a aucune notification à faire à l'Administration.

En cas d'élection d'ami, la loi a limité le délai à vingt-quatre heures. Sans cela, ceux qui font le commerce des biens n'auraient pas manqué de recourir à cet expédient, au détriment du Trésor. Entre les parties, la déclaration de command s'effectue sous les conditions inscrites au contrat ; au regard de la loi fiscale, elle n'a d'effet que dans un délai bref.

SECTION II. — De quelques conditions résolutoires spéciales à la vente.

309. Quatre clauses méritent d'être signalées

Première clause.

310. C'est celle qu'on a nommée de tout temps le pacte commissoire. Nous l'avons rencontrée et nous en avons étudié les effets sous l'article 1656 [2], et il est inutile d'y revenir. Elle a pour but et pour effet de transformer la condition résolutoire tacite, sous-entendue dans tout contrat synallagmatique, en une condition résolutoire expresse.

1. Il a été jugé que la prorogation prévue par l'article 1033 du Code de procédure pour le cas où le dernier jour d'un délai est un jour férié ne doit pas être étendue au cas qui nous occupe : Cass. 31 décembre 1883, *La Loi* du 4 juin 1884.

2. *Suprà*, p. 196 et suiv.

Deuxième clause.

311. C'est le pacte de dédit, l'ancien *pactum displicentiæ* du droit romain. On appelle ainsi la clause par laquelle les parties — toutes les deux ou l'une d'elles seulement — se réservent la faculté de se départir du contrat pendant un certain temps. La vente est alors conclue sous condition résolutoire; le jour où l'une des parties se prévaut des droits résultant du pacte, la vente est considérée comme non avenue.

On admet généralement que le délai pour se dédire ne peut excéder cinq ans [1]. Il faut qu'il y ait un terme, sans quoi la faculté de dédit introduirait dans la propriété un élément d'instabilité incompatible avec les exigences du crédit. La limitation de la durée du terme à cinq ans n'est établie par aucun texte; on l'admet par analogie de l'article 1660 [2].

312. Le plus souvent, la faculté de dédit se combine avec la remise d'une somme à titre d'arrhes, ce qui a pour effet de limiter cette faculté (article 1590). Deux mots suffiront sur ce sujet; les notions admises à cet égard sont extrêmement simples et n'ont pas changé depuis le droit romain [3].

Les arrhes, dont l'usage, jadis fréquent, tend à disparaître, présentent, selon les cas, l'un des deux caractères suivants.

Parfois, elles sont données en signe de marché conclu, comme preuve d'une vente contractée et dès maintenant parfaite. Elles sont alors remises par l'acheteur. La remise des arrhes est un commencement d'exécution qui prouve le contrat, un à-compte sur le prix. L'usage des arrhes, ainsi comprises, est fréquent dans les foires et marchés de bestiaux.

D'autres fois, tout en étant principalement un à-compte sur le prix, elle sont en outre et subsidiairement un moyen de dédit. En principe, la convention une fois conclue a une existence ferme; cependant les parties peuvent se réserver le droit de s'en dédire s'il a été versé des arrhes. La remise des arrhes est l'indice que les parties ont entendu se réserver l'une et l'autre le droit de se dédire; il y a faculté de résiliation avec règlement anticipé des dommages-intérêts (article 1590). Si la vente reçoit son effet, l'acheteur déduira la valeur des arrhes du prix qu'il a à payer. Si la vente n'a pas

1. Voy. Aubry et Rau, IV, p. 359. — Guillouard, I, n° 61, p. 59.
2. Voy. *infrà*, p. 235.
3. Voy. Girard, *Manuel élémentaire*, 1re édition, p. 526.

d'effet, deux hypothèses peuvent se présenter. La vente manque-t elle son effet par le fait de l'acheteur, celui-ci perd les arrhes ; manque-t-elle son effet par le fait du vendeur, ce dernier restitue les arrhes au double, autrement dit les rend en ajoutant une somme égale[1].

Ainsi les arrhes sont tantôt un à-compte sur le prix, tantôt un moyen de dédit[2]. Mais quand présentent-elles l'un ou l'autre de ces deux caractères ? C'est une question de fait, d'interprétation de volonté, que les tribunaux tranchent comme bon leur semble suivant les circonstances (article 1156). Cette question, d'ailleurs, ne se pose guère en pratique ; d'une part l'usage des arrhes disparaît de plus en plus, — d'autre part, quand il est donné des arrhes, elles interviennent le plus souvent, sans aucun doute possible, en vue de réserver une faculté de dédit.

Troisième clause.

313. Quoique très usitée, elle n'a pas de nom spécial en droit français ; elle n'est qu'une variété du pacte de dédit : c'est celle qu'on appelait jadis l'*addictio in diem*. Nous voulons parler de la convention par laquelle le vendeur se réserve de ne pas donner suite à la vente si, dans un délai fixé, il trouve un autre acheteur lui offrant des conditions plus avantageuses, par exemple un prix plus élevé ; la conclusion définitive du marché est ajournée.

Dans les ventes judiciaires, cet ajournement est de droit.

1. Telle était déjà la solution romaine au temps de Justinien : Instit., princ., *De emptione et venditione*, III, 24.

2. Les arrhes pouvaient certainement avoir ces deux caractères en droit romain. Du texte des Institutes cité à la note précédente il faut rapprocher, à cet égard, le § 139 du troisième commentaire de Gaïus, d'après lequel la remise des arrhes, à l'époque classique, était plutôt une preuve de la perfection du contrat qu'un moyen de dédit. Cpr. le fragm. 35, princ., Dig., *De contrahende emptione*, XVIII, I, — et Girard, *loc. cit.*, p. 526.

Mais les arrhes peuvent-elles encore avoir ces deux caractères dans le droit français actuel ? L'article 1590 ne les considère que comme un moyen de dédit ; même il ne règle les effets des arrhes que dans les promesses de vente, en sorte qu'on pourrait à la rigueur ne pas regarder ce texte comme applicable aux ventes proprement dites, si la tradition n'était pas formelle en ce sens. La tradition commande aussi de considérer les arrhes comme susceptibles d'avoir les deux caractères indiqués, aussi bien en droit français qu'en droit romain. Pothier, *De la Vente*, n°s 496 et suiv., Guillouard, *De la Vente*, 2e édition, I, n° 20, p. 29, — Laurent, XXIV, n° 27, — Demante et Colmet de Santerre, VII, n° XI *bis* III.

L'article 708 du Code de procédure établit un délai de huitaine pendant lequel peut s'exercer le droit de surenchérir du sixième[1].

Rien ne s'oppose à ce que la même combinaison intervienne dans les ventes amiables ; seulement une clause formelle est indispensable. C'est alors une promesse de vente sous condition résolutoire facultative. En fait, le délai réservé sera habituellement très court. Il est permis de soutenir, pour les raisons données plus haut et par analogie de l'article 1660, que le délai ne peut pas dépasser cinq ans[2].

Quatrième clause.

314. On l'appelle indifféremment pacte de rachat, de retrait, de réméré. Les articles 1659 à 1673 y sont consacrés.

Par le pacte de préférence, que nous avons étudié précédemment[3], le vendeur se réserve la préférence à tous autres, conditions égales, pour le cas où l'acheteur se déciderait à vendre. Le cas échéant, la première vente n'est pas résolue ; il y a une nouvelle vente dans laquelle les rôles seront intervertis : l'ancien acheteur devient vendeur, et l'ancien vendeur devient acheteur.

Le pacte de rachat opère plus énergiquement. Le vendeur a le droit de reprendre la chose en remboursant le prix touché ; il a le droit de faire tomber la vente, d'en opérer la résolution.

315. On ne saurait trop insister sur ce caractère du pacte de rachat, car le nom même de ce pacte et la définition qui en est donnée par le Code peuvent induire en erreur.

La définition est fournie par l'article 1659 : « La faculté de « rachat ou de réméré est un pacte par lequel le vendeur se « réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitu- « tion du prix principal... » Cette définition est celle du *pactum de retro vendendo* des Romains, telle qu'elle résulte de la constitution 2, au Code de Justinien, *De pactis inter emptorem et venditorem*, IV, 54[4]. La traduction est littérale ; elle est même beaucoup trop littérale, car la faculté dite de rachat n'a plus, dans le droit actuel, le même caractère qu'en droit

1. Voy. *infrà*, n° 451.
2. *Suprà*, n° 311.
3. *Ibid.*, n° 304.
4. Cpr. fragm. 12, Dig., *De praescriptis verbis*, XIX, 5.

romain, et l'article 1659 reproduit des idées toutes différentes de celles qu'il entend consacrer.

A Rome, le pacte *de retro vendendo* n'attribuait au vendeur qu'un droit de créance, à l'effet d'exiger la revente. L'acheteur avait donc la propriété complète ; seulement il était tenu d'un engagement de revendre. Les mots employés correspondaient exactement à la réalité des choses ; il y avait une revente obligatoire pour l'acheteur.

Dans le droit français, l'exercice du réméré ne constitue pas une seconde vente, un rachat opérant une mutation nouvelle ; c'est la mise en œuvre d'un droit de résolution. L'acheteur n'est devenu propriétaire que sous condition résolutoire ; la vente à réméré est une vente sous condition résolutoire potestative de la part de l'acheteur [1]. La preuve en est dans l'article 1673 alinéa 2 : « Lorsque le vendeur rentre « dans son héritage par l'effet du pacte de rachat, il le reprend « exempt de toutes les charges et hypothèques dont l'acqué« reur l'aurait grevé... » En conséquence, l'exercice de la faculté de rachat ne donne lieu au paiement d'aucun droit de mutation ; seulement les droits payés par l'acheteur ne lui sont pas remboursés, car il est de principe que les droits régulièrement perçus ne sont jamais restitués, quels que soient les événements ultérieurs (article 60 de la loi du 22 frimaire an VII) [2].

316. L'avantage que peut présenter cette combinaison est le suivant. Elle fournit au propriétaire le moyen de se procurer de l'argent sans se dessaisir définitivement du bien vendu, auquel il est peut-être attaché.

C'est, en définitive, un moyen de crédit. Le propriétaire qui a besoin momentanément d'une somme d'argent, et qui veut tirer crédit d'un bien lui appartenant, a le choix entre trois procédés : 1° emprunter avec hypothèque, si le bien est un immeuble, — 2° emprunter sur gage, si c'est un meuble, — 3° vendre à réméré. Aussi de bonnes institutions de crédit, en facilitant les emprunts, rendraient inutiles ou du moins plus rares les ventes à réméré ; de fait, elles deviennent moins fréquentes de nos jours.

317. Donc la vente à réméré peut être une combinaison avantageuse.

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, nos 664 et suiv., p. 398 et suiv.
2. Voy. *suprà*, p. 198.

-- Cependant l'opinion regarde en général cette opération avec défaveur. La raison de cette défaveur est que la vente à réméré ressemble fort à une convention dont le mauvais renom est mérité : le contrat pignoratif. Voici l'hypothèse : *Primus* emprunte une somme d'argent, et, pour garantir cet emprunt, il donne un meuble en gage, ou un immeuble en antichrèse, avec cette clause que l'objet remis en nantissement, meuble ou immeuble, restera la propriété du prêteur si la somme empruntée n'est pas remboursée à l'époque fixée par la convention.

Le prêt sur nantissement, ainsi pratiqué, est prohibé par les articles 2078 alinéa 2 et 2088. Le seul droit que puisse avoir un créancier gagiste est de faire vendre l'objet pour se payer sur le prix. Les Monts de Piété seuls sont autorisés à pratiquer le contrat pignoratif[1].

La prohibition de ce contrat s'explique, car les conséquences peuvent en être singulièrement usuraires. Soit un bijou valant mille francs ; *Primus* le donne en gage comme garantie d'un emprunt de cinq cents francs remboursable dans un an. Si *Primus* ne rembourse pas à l'échéance, le prêteur va s'approprier le bijou ; il se trouvera avoir doublé son capital en un an et fait un placement au taux de cent pour cent.

Or l'analogie est frappante entre ce contrat pignoratif et le pacte de réméré. Au lieu de donner une chose en gage jusqu'au remboursement de la somme empruntée, *Primus* vend cette chose pour la somme qu'il reçoit, sauf à la reprendre en cas de restitution de cette somme ; si le vendeur n'use pas de la faculté de rachat, l'acheteur, gardant la chose vendue, sera dans la position d'un prêteur qui s'approprierait à l'échéance l'objet remis en gage ; le procédé diffère, mais le résultat est le même. L'acheteur à réméré n'est bien souvent qu'un prêteur sur gage. Aussi, comme la prudence a fait interdire le contrat pignoratif, et comme, d'autre part, la vente à réméré offre avec ce contrat suspect une analogie telle qu'il serait souvent fort difficile de les distinguer, la vente à réméré participe de la défaveur qui atteint le contrat pignoratif.

318. Si la vente à réméré dissimule un prêt sur gage, elle est nulle par application des articles 2078 alinéa 2 et 2088.

1. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 177 à 179.

Mais quand en est-il ainsi ? C'est une question de pur fait ; le juge du fait a un pouvoir souverain d'appréciation à l'effet de déterminer la nature véritable de l'opération intervenue entre les parties. Voici quelques signes auxquels on peut reconnaître le contrat pignoratif.

1° La fréquence des opérations de ce genre faites par la même personne. Celui qui fait métier d'acheter à réméré n'est probablement qu'un prêteur sur gage ; en effet, si c'est une profession de prêter sur gage, ce ne peut pas en être une d'acheter à réméré.

2° La vileté du prix. L'insertion au contrat de la clause de réméré conduit nécessairement les parties à diminuer le prix de la chose vendue, à cause des risques auxquels l'acheteur s'expose ; mais il y a une limite à cet abaissement du prix, limite au-delà de laquelle il devient évident que l'opération n'est plus qu'un prêt sur gage avec faculté de garder la chose en paiement.

3° Le subterfuge qui consiste à dissimuler un contrat pignoratif sous les apparences d'une vente à réméré se reconnait encore à ce fait que le vendeur s'engage à rendre une somme supérieure au prix de vente. En elle-même, cette stipulation n'a rien d'illicite et ne répugne nullement à la nature du retrait ; mais il est probable que le surplus n'est pas autre chose que l'intérêt du prétendu prix de vente, et qu'il y a, par conséquent, prêt sur gage.

4° Le subterfuge se reconnaît à ce fait que la chose achetée est louée au vendeur par l'acte même de vente. Le vendeur paie alors, sous les apparences d'un loyer ou d'un fermage, les intérêts du prêt qui lui a été consenti ; plus ce loyer ou fermage est faible, inférieur à la valeur locative, plus il devient probable qu'il représente des intérêts et qu'un contrat pignoratif se cache sous la soi-disant vente à réméré.

Est-ce à dire que la vente faite à réméré devra nécessairement être annulée comme dissimulant un contrat pignoratif toutes les fois qu'elle se présentera avec l'un des signes qui légitiment le soupçon ? En aucune manière. Le fait que le rachat est subordonné au remboursement par le vendeur d'une somme supérieure au prix de vente, ou que la chose vendue est louée par le même acte à celui qui l'a aliénée rend le contrat suspect, mais ne prouve pas la simulation. Il ne saurait y avoir de règle absolue en pareille matière, et

nous avons déjà dit que les juges du fait ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la sincérité des ventes à réméré. Les recueils d'arrêts abondent en décisions à cet égard ; mais elles ne sont et ne peuvent être que des décisions d'espèces[1].

319. Supposons qu'il s'agisse d'une vente à réméré sincère, ne dissimulant aucun contrat pignoratif. Et voyons à quelles règles la faculté de rachat est soumise.

Ces règles sont les suivantes. Nous avons déjà, chemin faisant, mentionné plusieurs d'entre elles.

I. *Conditions de validité du pacte de réméré.*

320. Elles sont au nombre de deux.

PREMIÈRE CONDITION

La faculté de rachat, pour que le vendeur puisse s'en prévaloir, doit avoir été réservée par le contrat, dans l'acte même s'il est intervenu un acte. Stipulée après coup, elle ne serait plus une modalité de la vente ; elle serait une promesse de revente faite par l'acheteur, c'est-à-dire une nouvelle vente.

Or autre chose est la reprise par le vendeur à titre de réméré, autre chose un nouvel achat. La différence apparaît notamment aux deux points de vue suivants.

1° Au point de vue des droits de mutation. Nous avons déjà dit que la reprise de la chose par le vendeur à réméré ne donne ouverture au paiement d'aucun droit, et qu'il en est autrement de la revente consentie par l'acheteur au vendeur [2].

2° Au point de vue du sort des actes faits par l'acheteur dans l'intervalle entre la vente et le retour de la chose au vendeur. Lui revient-elle par l'effet d'un pacte de réméré, l'article 1673 alinéa 2 reçoit son application : le vendeur, dit le texte, reprend son héritage « exempt de toutes les « charges et hypothèques dont l'acquéreur l'aurait grevé ».

1. Cass. 15 août 1872, *Journal du Palais*, 1873, p. 628, — 11 mars 1884, *Le Droit* du 12 mars, — Limoges 18 juin 1888, D. P. 1889.II.240, — Grenoble 13 novembre 1891, D. P. 1892.II.310, — 1er juin 1897, D. P. 1898.II.430, — trib. de St-Pons 15 décembre 1897, *Gazette du Palais*, 1898.I, *Supplément*, p. 13, — trib. de la Seine 23 novembre 1903, *Le Droit* du 6 février 1904.

2. *Suprà*, n° 315, p. 231.

S'agit-il, au contraire, d'une promesse de revente, le bénéficiaire de cette promesse ne devient acquéreur que du jour où il donne son adhésion ; par conséquent, il prend la chose dans l'état où il la trouve.

Donc la faculté de rachat doit avoir été réservée dans le contrat même. Du moment que le réméré est une modalité de la vente, il serait irrationnel d'admettre une telle stipulation autrement qu'à l'époque de la vente et dans le corps même de l'acte. L'intérêt des tiers l'exige ; en effet, la résolution qui résulte de l'exercice du réméré a un effet rétroactif, et il importe, dès lors, que les tiers puissent connaître la clause, ce qui serait impossible si cette clause n'était pas partie intégrante du titre de leur auteur.

SECONDE CONDITION

« La faculté de rachat, dit l'article 1660, ne peut être sti-« pulée pour un terme excédant cinq années. Si elle a été « stipulée pour un terme plus long, elle est réduite à ce « terme. »

Cette règle est une innovation du Code civil. Dans l'ancien droit, en cas de silence des parties, la faculté de rachat pouvait être exercée pendant trente ans[1] ; les parties pouvaient, d'ailleurs, lui assigner une durée moindre. La limitation introduite dans le droit moderne s'explique par les inconvénients résultant de l'incertitude que la clause de rachat fait planer sur la propriété foncière. Il est vrai que cet inconvénient est commun à toutes les conditions résolutoires, et que les actions résolutoires, en général au moins, durent trente ans, notamment l'action résolutoire pour défaut de paiement du prix[2]. Mais la fréquence possible du pacte de rachat, et aussi sa ressemblance compromettante avec le contrat pignoratif ont éveillé plus particulièrement les appréhensions.

L'article 1661 ajoute : « Le terme fixé est de rigueur et ne « peut être prolongé par le juge. »

Enfin l'article 1663 est ainsi conçu : « Le délai court con-« tre toutes personnes, même contre le mineur, sauf, s'il « y a lieu, le recours contre qui de droit. » En effet, il ne s'agit pas là d'une prescription, mais d'un délai. Le texte dit:

1. Articles 108 de la Coutume de Paris et 169 de la Coutume d'Orléans. — Voy. Pothier, *De la vente*, n° 391.
2. *Suprà*, n° 279, p. 204.

« contre qui de droit » : c'est-à-dire contre le père ou contre le tuteur, suivant qu'il s'agit d'un mineur placé sous le régime de la puissance paternelle ou sous le régime de la tutelle [1].

321. Telles sont les deux conditions de validité du pacte de réméré. Les règles qui viennent d'être posées vont nous servir à résoudre les deux questions suivantes.

a) Quel serait l'effet d'une prorogation conventionnelle jusqu'au délai légal d'un terme fixé d'abord à une durée moins longue? Le délai a primitivement été fixé à trois ans ; à l'expiration des trois ans, le vendeur n'étant pas en mesure de racheter, le terme est prorogé de deux ans. Cela fait cinq ans, de sorte que les parties se trouvent toujours dans les limites de l'article 1660. Une telle prorogation est-elle valable?

Non. En effet, la première condition de validité du pacte de réméré fait défaut ; la faculté de rachat, au delà du délai de trois ans, n'a pas été stipulée lors du contrat. Aussi l'article 1661 dit-il : « Le terme fixé est de rigueur, et ne peut être « prolongé par le juge. » A plus forte raison ne peut-il pas l'être par la convention ; le texte veut dire que le terme ne peut être prolongé ni par la convention ni même par le juge.

Est-ce à dire que cette prorogation n'aura aucune valeur? Il ne faut pas aller jusque-là. La convention aura effet entre les parties ; mais elle ne sera pas opposable aux tiers, car elle équivaut à une promesse de revente [2]. Si elle est suivie d'exécution, les droits réels qui auraient été consentis par l'acheteur avant la prorogation deviendront irrévocables à compter du jour où le délai primitif est arrivé à expiration, sans que le vendeur puisse exciper de l'article 1673 alinéa 2. En un mot, la prorogation crée un droit de reprendre, non un droit de résoudre.

b) Le vendeur s'était réservé le droit de réméré pour plus de cinq ans ; puis le délai est réduit à cette limite, par application de l'article 1660 alinéa 2. La convention est-elle absolument dénuée d'effet? Non. Quand la loi a limité à cinq ans

1. Voy. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 329 et suiv.

2. En ce sens : Aubry et Rau, IV, § 357, p. 408, — Guillouard, *De la vente*, 2e édition, II, n° 654, p. 191, — Laurent, XXIV, p. 374, — Demante et Colmet de Santerre, VII, p. 133, n° 107 *bis* II. — *Contrà* : Bordeaux 13 juin 1849, D. P. 1850.II.17, Sir. 1849.II.551.

le délai du réméré. elle ne s'est préoccupée que des tiers ; dans les rapports des parties, la convention conserve toute sa valeur.

II. *Effets du pacte de réméré.*

322. La situation que le pacte de réméré fait aux parties est extrêmement simple. Deux hypothèses sont possibles.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE.

Si, dans le délai fixé, le vendeur est en mesure de se prévaloir et se prévaut de la clause, les choses seront remises au même état que si la vente n'avait pas eu lieu. Le vendeur se prévaudra de son droit toutes les fois qu'il le pourra ; car la vente à réméré se fait généralement à bas prix : l'acheteur paie moins cher, puisque le droit qu'il acquiert est instable[1].

Les choses étant remises dans le même état que si la vente n'avait pas eu lieu, les droits réels constitués par l'acheteur disparaissent, et ceux que le vendeur a consentis sont validés. Les droits constitués par l'acheteur tombent, à l'exception des baux que l'acheteur aurait conclus sans fraude, c'est-à-dire en se conformant aux usages d'une administration prudente. D'ordinaire, les baux passés par les administrateurs de la fortune d'autrui ne peuvent excéder neuf ans (articles 595, 1429 et 1718). Dans le cas qui nous occupe, on pourra soit maintenir des baux consentis pour un délai plus long, soit annuler des baux conclus pour un délai plus court : le vendeur, dit l'article 1673 alinéa 2 *in fine*, « est tenu d'exécuter « les baux faits sans fraude par l'acquéreur ». La loi a voulu que l'acheteur pût exploiter librement, c'est-à-dire fructueusement ; le vendeur lui-même y est intéressé[2].

SECONDE HYPOTHÈSE

Si le délai s'écoule sans que le vendeur use de la faculté de rachat, — et cela n'arrivera guère que quand il n'aura pas à sa disposition les fonds nécessaires au remboursement du prix, — les choses se passent comme si la vente avait toujours été pure et simple (article 1662). La condition à laquelle la résolution était subordonnée défaille.

323. Il y a donc une double éventualité. C'est le propre de toute condition résolutoire[3].

1. Voy. *suprà*, p. 233.
2. Voy. *infrà*, n° 497.
3. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 376 et suiv.

Dans l'intervalle entre la vente et l'exercice de la faculté de rachat ou l'expiration du terme fixé, la propriété est en suspens. Le vendeur a cessé d'être propriétaire, mais peut-être le redeviendra-t-il rétroactivement; l'acheteur est devenu propriétaire, mais peut-être cessera-t-il de l'être; par conséquent, l'acheteur est propriétaire sous condition résolutoire, et le vendeur propriétaire sous condition suspensive.

324. L'acheteur est propriétaire sous condition résolutoire. Ainsi s'explique l'article 1665 : « L'acquéreur à pacte de « rachat exerce tous les droits de son vendeur; il peut pres- « crire tant contre le véritable maître que contre ceux qui « prétendraient des droits ou hypothèques sur la chose ven- « due. » Tant que la condition résolutoire n'est pas accomplie, elle n'empêche aucun des effets du contrat de se produire (article 1183 alinéa 2)[1]; l'acheteur a tous les droits d'un acheteur ordinaire, sauf qu'il ne peut expulser le preneur (article 1751); il est propriétaire s'il a traité avec le véritable propriétaire, et il est *in causâ usucapiendi* s'il a traité avec un *non dominus*.

325. Le vendeur est propriétaire sous condition suspensive. Il peut céder la faculté de retrayer qui lui appartient; il peut aussi aliéner la chose ou l'hypothéquer, l'aliénation ou l'affectation hypothécaire étant bien entendu grevées de la même condition (article 2125)[2].

Ainsi s'explique la disposition de l'article 1666. Il suppose que les créanciers du vendeur vont saisir la chose vendue par lui à réméré, et autorise l'acheteur à les renvoyer se faire payer d'abord sur les autres biens de leur débiteur.

Ce bénéfice de discussion est établi d'autre part par l'article 2170[3]. Si les saisissants sont des créanciers hypothécaires, l'article 2170 est suffisant; si ce sont des créanciers chirographaires, l'article 1666 reçoit son application.

Voici comment les choses se passent en fait. Tout créancier est autorisé à exercer les droits et actions de son débiteur (article 1166). Par conséquent, les créanciers du vendeur à réméré sont fondés à invoquer la clause de réméré en son lieu et place; et ils ont intérêt à le faire lorsque le bien a été vendu au-dessous de sa valeur, ce qui arrive presque

1. *Les contrats et les obligations*, p. 378.
2. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 294.
3. *Ibid.*, tome II, p. 336 et suiv.

toujours [1]. C'est alors qu'interviennent le bénéfice de discussion et la disposition spéciale de l'article 1666, motivée par le désir de maintenir l'acheteur en possession tant qu'il est possible de l'y maintenir sans léser aucun droit.

326. En définitive, le vendeur et l'acheteur sont l'un et l'autre propriétaires, le premier sous condition suspensive le second sous condition résolutoire. Ils peuvent tous deux constituer des droits (article 2125). Pour qu'une hypothèque soit assurée d'être efficace, il faut qu'elle soit consentie par tous deux, l'un ou l'autre devant certainement rester propriétaire.

Une difficulté s'élève à propos de la prescription. En cas d'exercice du réméré, le vendeur peut-il compter pour la prescription le laps de temps pendant lequel l'acheteur a été propriétaire ? L'acheteur a possédé; par conséquent, il semble que l'article 2235 permet au vendeur qui exerce le réméré de joindre la possession de l'acheteur à la sienne [2]. Mais le vendeur, dans ce cas, est-il l'ayant-cause de l'acheteur ? Il ne l'est pas en ce qui concerne la propriété, puisque, par l'effet du réméré, l'acheteur est censé n'avoir jamais été propriétaire. Au contraire, il est l'ayant-cause de l'acheteur, au sens de l'article 2235, en ce qui concerne la possession [3].

III. *Conditions d'exercice du réméré.*

327. Le droit du vendeur à réméré est un droit réel. Par suite, l'action au moyen de laquelle le vendeur exerce ce droit est une action réelle.

C'est en cela principalement que la clause de réméré, dans le droit moderne, diffère de l'ancien *pactum de retro vendendo* [4]. Le vendeur à réméré conserve la propriété; il est propriétaire sous condition suspensive; et la condition est potestative de sa part, puisqu'il dépend de lui d'user ou de ne pas user de son droit [5]. Dès qu'il en use, et par cela

1. Voy. *suprà*, p. 233 et 237.
2. Sur l'article 2235 et la théorie de la jonction des possessions, voy. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, p. 204, — et Planiol, *Traité élémentaire*, 1re édition, I, nos 1499 et suiv.
3. Voy. Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 111 *bis* III, — Laurent, XXIV, n° 289, — Guillouard, *Vente*, 2e édition, II, n° 657, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 536.
4. Voy. *suprà*, p. 230 et 231.
5. Cpr. *ibid.*, p. 231.

même qu'il le fait, il devient propriétaire. Donc son action est réelle.

Toutefois, il importe de faire une distinction. Si le vendeur exerce son droit contre l'acheteur lui-même, son action est personnelle. S'il l'exerce contre un sous-acquéreur, comme il lui est loisible de le faire (article 1664)[1], son action est réelle. C'est ce qui a fait dire à Pothier, dans son *Traité de la vente*[2], que cette action est réelle personnelle ; dans son *Introduction à la Coutume d'Orléans*[3], il la qualifie de mixte. Le sous-acquéreur évincé a, bien entendu, un recours en garantie contre son auteur, à moins qu'il n'ait acquis sans garantie et à ses risques et périls[4].

328. Pour reprendre la chose vendue, et comme condition préalable de cette reprise, le vendeur doit rendre l'acquéreur complètement indemne : « Le vendeur qui use du pacte de « rachat, dit l'article 1673 alinéa 1, doit rembourser non seu- « lement le prix principal, mais encore les frais et loyaux « coûts de la vente, les réparations nécessaires, et celles qui « ont augmenté la valeur du fonds, jusqu'à concurrence de « cette augmentation...... »

D'abord, le vendeur doit rembourser le prix. Il doit le rembourser même si la chose n'a plus une valeur égale à ce prix ; il n'a, dans ce cas, qu'à ne pas user du pacte, car il n'est pas forcé d'en user. Rien ne s'oppose, d'ailleurs, à ce qu'il s'engage à rembourser une somme supérieure au prix.

En second lieu, le vendeur doit rembourser les frais payés par l'acheteur : non seulement les frais proprement dits, ceux dont parle l'article 1593, mais les frais de courtage, d'expertise, etc[5].

Enfin, il doit rembourser le montant des réparations nécessaires, et la plus-value résultant des autres réparations.

Comme garantie de ces divers remboursements, l'article 1673 alinéa 1 *in fine* accorde à l'acheteur un droit de rétention[6] : le vendeur « ne peut entrer en possession qu'après « avoir satisfait à toutes ces obligations ». On s'est demandé

1. Voy. *suprà*, p. 237.
2. N° 396.
3. N° 122.
4. Voy. *suprà*, p. 129 et suiv., 162 et suiv.
5. *Ibid.*, p. 126.
6. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 209.

si l'acheteur, constitué ainsi créancier du vendeur, n'a pas, en outre, le privilège du vendeur. La question doit être résolue négativement [1]. Elle ne peut se poser qu'en souvenir de l'ancien système du *pactum de retro vendendo*, d'après lequel il y avait réellement une revente [2]; dans le droit actuel, l'exercice du réméré ne constitue pas une revente, mais une résolution de la vente primitive, ce qui est tout autre chose en fait et en droit. La solution serait différente au cas d'un simple pacte de préférence, car il y aurait vraiment revente [3].

329. Ceux des articles 1659 à 1673 que nous n'avons pas encore mentionnés prévoient, au sujet du réméré, trois hypothèses spéciales, qui avaient fait difficulté dans l'ancien droit.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE.

330. Elle est visée par l'article 1667: « Si l'acquéreur à « pacte de réméré d'une partie indivise d'un héritage s'est « rendu adjudicataire de la totalité sur une licitation provo-« quée contre lui, il peut obliger le vendeur à retirer le tout « lorsque celui-ci veut user du pacte. » Le pacte de rachat réserve au vendeur la faculté de reprendre la chose vendue; par application de l'article 1667, le vendeur peut être contraint de reprendre davantage.

La raison d'être de la règle est que l'acheteur se trouve possesseur de la totalité par suite d'une nécessité inhérente à l'état de la chose vendue, qui était indivise et a été licitée contre lui. Aussi, pour que la règle soit applicable, faut-il que l'acheteur ait acquis la totalité sur une licitation provoquée contre lui; si la licitation a été provoquée par l'acheteur, le vendeur conserve le droit de ne reprendre que la portion vendue par lui, car on n'est plus alors en présence d'une nécessité inhérente à l'état de la chose vendue.

Remarquons que l'article 1667 donne à l'acheteur le droit de forcer le vendeur à reprendre le tout, mais sans reconnaître au vendeur le droit d'exiger le tout. Il ouvre un droit au profit de l'acheteur seul, non du vendeur.

1. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 9. — Cpr. les observations de M. Labbé dans Sir. 1871.II.193, notes 1 à 3.
2. Voy. *suprà*, p. 230 et 231.
3. *Ibid.*, p. 223 et 224.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE.

331. Elle est prévue et réglée par les articles 1668 à 1671. Ils supposent que l'acheteur se trouve en présence de plusieurs vendeurs.

332. Cette situation se produit dans deux cas.

1° Quand une chose a été vendue à réméré alors qu'elle appartenait à plusieurs personnes par indivis. L'action n'appartient à chacune qu'à concurrence de sa part (article 1668). L'acheteur se trouve en présence de plusieurs personnes ayant chacune une action en reprise.

2° Lorsque le vendeur à réméré vient à mourir avant l'expiration du délai fixé pour le rachat en laissant plusieurs héritiers. Conformément au droit commun [1], le droit du vendeur se divise entre tous ses héritiers (article 1220); chacun peut user du réméré pour sa part et portion (article 1669). L'acheteur se trouve en présence de plusieurs personnes qui peuvent exercer l'action en réméré contre lui.

333. Dans ces deux cas, quelle est la position de l'acheteur? Va-t-on le regarder comme pouvant être dépossédé d'une partie de la chose? Non. Ce serait méconnaître les prévisions et l'intention probable des parties. Ayant acquis la chose entière, l'acheteur a dû s'attendre à la conserver entière ou à recouvrer la totalité du prix; il serait trompé dans son attente s'il devait subir un réméré partiel et se trouver ainsi dans l'indivision avec le retrayant.

De là la règle posée par l'article 1670 : « Dans le cas des deux « articles précédents, l'acquéreur peut exiger que tous les co- « vendeurs ou tous les cohéritiers soient mis en cause afin « de se concilier entre eux pour la reprise de l'héritage entier ; « et, s'ils ne se concilient pas, il sera renvoyé de la demande. »

La règle ne souffre pas de restriction quand l'acheteur se trouve en présence de plusieurs personnes ayant chacune l'action en réméré par suite du décès du vendeur (article 1669). Mais elle n'est applicable que sous réserve d'une distinction lorsque l'acheteur a acquis une chose indivise entre plusieurs.

Deux cas peuvent se présenter.

1° Il n'a été passé qu'un seul contrat, auquel tous les copropriétaires ont concouru (article 1668). Il n'y a alors qu'une seule vente à réméré ; l'acheteur a droit ou de garder la chose

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 452.

entière ou de se faire rendre la totalité du prix (article 1670).

2° L'acheteur a traité séparément avec chacun des copropriétaires pour sa part (article 1671). Il y a alors plusieurs ventes, les unes pouvant être à réméré, les autres pures et simples. Dans ce cas, dit l'article 1671, le vendeur qui exerce le réméré ne peut être contraint à reprendre que ce qu'il a vendu.

Ce sont là des corollaires de l'idée générale d'après laquelle les contrats doivent être exécutés conformément à l'intention vraisemblable des parties.

334. Les règles que nous venons d'analyser sont édictées en vue du réméré. L'article 1685 les déclare applicables à la rescision pour cause de lésion : « Les règles expliquées « pour les cas où plusieurs ont vendu conjointement ou séparément, et pour celui où le vendeur ou l'acheteur a laissé « plusieurs héritiers, sont pareillement observées pour l'exercice de l'action en rescision [1]. »

Nous avons admis par analogie, quoique les textes ne s'en expliquent pas, que ces règles sont également applicables à la résolution pour défaut de paiement du prix, dans le cas où le vendeur se prévaut de l'article 1654 [2].

TROISIÈME HYPOTHÈSE.

335. Elle est prévue par l'article 1672 et elle est l'inverse de la précédente. Nous venons de supposer que le vendeur est mort et que plusieurs héritiers ont pris sa place ; l'article 1672 prévoit l'hypothèse du décès de l'acheteur et de son remplacement par plusieurs héritiers, auquel cas le vendeur à réméré se trouve en présence de plusieurs acquéreurs.

Si la chose est encore indivise, le vendeur agira contre chacun des acheteurs pour sa part, les mettant tous en cause. Si la chose est déjà partagée, il agira contre chacun pour le fragment de la chose qui lui est échu ; c'est une application de l'article 1220. S'il y a eu partage et que la chose soit aux mains d'un seul, il poursuivra le détenteur de la chose pour le tout ; cette dernière disposition, déjà inscrite dans l'article 1664, était inutile à rappeler ici, puisqu'elle forme le droit commun [3].

1. *Suprà*, p. 86 et suiv.
2. *Ibid.*, p. 221 et 222.
3. *Ibid.*, p. 240.

CHAPITRE V

VARIÉTÉS PARTICULIÈRES DU CONTRAT DE VENTE

336. Il ne nous reste plus, pour en finir avec le contrat de vente, qu'à réunir diverses règles de détail relatives à quelques ventes particulières, qui sont soumises à un régime spécial sous certains rapports.

Ces ventes sont de deux sortes.

Pour les unes, les particularités qui les distinguent tiennent au caractère de la chose vendue. Telles sont : 1° la licitation (article 1686), — 2° la cession de créance (articles 1689 et suivants), — 3° la vente d'hérédité (article 1696), — 4° la vente d'un droit litigieux (article 1699).

Pour les autres, ce qu'elles ont de particulier tient non plus à l'objet du contrat, mais aux circonstances dans lesquelles la vente intervient, ou plutôt à la forme même dans laquelle elle est faite. Telles sont : 1° l'expropriation pour cause d'utilité publique, — 2° les ventes judiciaires, — 3° les ventes aux enchères, — 4° les ventes commerciales, — 5° la *datio in solutum*, qui n'est pas précisément une vente, mais qui ressemble beaucoup à la vente, et qu'il est utile de comparer avec la vente, afin de dégager les ressemblances et les différences existant entre elles.

SECTION I. — Ventes soumises à des règles particulières à raison de leur objet.

337. Nous en avons dressé la liste : licitation, cession de créance, vente d'hérédité, vente d'un droit litigieux.

§ 1. — La licitation

338. Elle fait l'objet, au titre *De la vente*, du chapitre VII (articles 1686 à 1688).

Licitari, liceri veut dire enchérir. Donc une licitation, si l'on s'en tient au sens étymologique du mot, est une vente aux enchères.

Toutefois, le mot licitation a reçu de l'usage un sens plus restreint ; il désigne la vente aux enchères d'un bien indivis entre plusieurs. Donc la vente est une licitation à raison du caractère de son objet, et en même temps à raison de sa forme ; c'est ce qui ressort de l'article 1686.

Les deux éléments que nous venons de noter sont nécessaires.

1° Il faut qu'il s'agisse d'une chose indivise. On la licite ou bien parce qu'elle n'est pas susceptible d'être partagée en nature, — ou bien, quoique la chose soit partageable en nature, parce que les copropriétaires ne s'entendent pas sur un partage par voie d'attribution, — ou bien, enfin, parce qu'il leur convient à tous de vendre la chose et qu'ils sont d'accord à cet égard.

2° Il faut que la vente s'effectue aux enchères. Si la chose indivise est cédée à l'amiable à l'un des cohéritiers, on est en présence d'un partage par voie d'attribution avec ou sans soulte. Si elle est cédée à un étranger, c'est une vente faite conjointement, selon les prévisions de l'article 1668. La vraie licitation, la seule qui mérite cette appellation, est la vente au plus offrant, aux enchères.

339. Sur cette vente, son caractère spécial étant ainsi déterminé, nous avons à rechercher : 1° dans quelles formes elle se fait, — 2° quels en sont les effets.

I. Dans quelles formes la licitation doit-elle être faite ?

340. L'article 1688 renvoie sur ce point au Code de procédure et au titre *Des successions*. Trois hypothèses doivent être distinguées.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE

S'il s'agit des cas indiqués par l'article 819 alinéa 2 du Code civil et dans lesquels le partage ne peut être effectué qu'en justice, la licitation doit nécessairement être faite dans la forme des ventes judiciaires, avec les particularités que nous signalerons plus loin comme inhérentes à ces ventes [1].

1. Voy. *infrà*, nos 426 et suiv.

Les articles 966 et suivants du Code de procédure indiquent les formes à observer. Il y faut joindre l'article 1687 du Code civil : « Chacun des copropriétaires est le maître de « demander que les étrangers soient appelés à la licitation : « ils sont nécessairement appelés lorsque l'un des copropriétaires est mineur. » En augmentant le nombre des enchérisseurs éventuels, on multiplie les chances de voir le prix atteindre son maximum ; en admettant les étrangers à enchérir, on évite le danger des arrangements qui pourraient se conclure au détriment des incapables.

Les ventes qui nous occupent ne pouvant s'opérer que d'autorité de justice, elles ne peuvent être attaquées ni pour cause de vices rédhibitoires (article 1649), ni pour cause de lésion (article 1684)[1].

DEUXIÈME HYPOTHÈSE

S'il s'agit de cas dans lesquels le partage peut être fait à l'amiable, la licitation n'est plus nécessairement judiciaire ; elle n'a ce caractère que facultativement. L'article 985 du Code de procédure le dit.

C'est encore une vente judiciaire ; mais ce n'est plus une vente ne pouvant être faite que par autorité de justice. En conséquence, l'article 1649 reste applicable, mais non l'article 1684, car celui-ci vise seulement les ventes pour lesquelles les formalités judiciaires sont de rigueur ; la licitation, dans ce cas, peut donc être rescindée pour cause de lésion[2].

TROISIÈME HYPOTHÈSE

S'il s'agit de cas dans lesquels le partage peut être fait à l'amiable, et que les parties veuillent procéder sans intervention de justice, la licitation est amiable. C'est une licitation volontaire, une simple vente au plus offrant ; ni l'article 1649 ni l'article 1684 ne sont applicables.

II. Quels sont les effets de la licitation ?

341. La licitation ne produit pas toujours les mêmes effets. Elle peut se présenter sous deux aspects différents.

1. Voy. *infrà*, n° 448. — Cpr. *suprà*, p. 92, 182 et 183.
2. *Ibid.*

La distinction n'est pas faite d'une manière formelle par les textes. Mais elle est traditionnelle, et plusieurs textes la supposent en termes assez clairs pour qu'il soit impossible de la contester.

La nature et les effets de la licitation dépendent de la qualité de l'adjudicataire.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE

342. Un étranger, c'est-à-dire une personne autre que l'un des copropriétaires par indivis, se porte dernier enchérisseur et est déclaré adjudicataire.

Dans ce cas, la licitation est une vente faite par les copropriétaires conjointement. C'est précisément parce que les rédacteurs du Code ont prévu cette hypothèse qu'ils ont parlé de la licitation au titre *De la vente*. Le jugement d'adjudication si la licitation est faite en justice, le procès-verbal d'adjudication si elle est simplement faite aux enchères, représente l'acte de vente.

De là les conséquences suivantes.

1° Le jugement ou le procès-verbal doit être transcrit s'il s'agit d'un immeuble. « Sont transcrits, dit l'article 1 de la loi « du 23 mars 1855 :.... 4° tout jugement d'adjudication, autre « que celui rendu sur licitation au profit d'un cohéritier ou « d'un copartageant. »

2° Les droits réels consentis pendant l'indivision par les covendeurs sont maintenus. La chose vendue, dit l'article 1614, « doit être délivrée en l'état où elle se trouve au « moment de la vente ».

3° Les cohéritiers covendeurs ont tous les droits du vendeur. Notamment, ils ont tous, si l'adjudicataire ne paie pas son prix, le privilège du vendeur et l'action résolutoire.

4° Ils sont tous tenus de toutes les obligations du vendeur, notamment de la garantie.

5° La rescision pour lésion de plus des sept douzièmes est admise, s'il s'agit d'un immeuble, à moins qu'on ne se trouve dans un des cas prévus par l'article 1684 [1].

6° L'acte est passible des droits de mutation afférents aux

1. Voy. *suprà*, p. 246.

aliénations : deux ou sept pour cent suivant qu'il s'agit de meubles[1] ou d'immeubles[2].

SECONDE HYPOTHÈSE.

343. Un des copropriétaires se porte dernier enchérisseur et est déclaré adjudicataire. Ce résultat est inévitable si les copropriétaires, tenant à ce que les biens ne sortent pas de leurs mains, n'ont pas usé de la faculté, qui leur est reconnue par l'article 1687, d'appeler les étrangers à la licitation ; il est simplement possible dans le cas contraire. Lorsque l'adjudication est faite au profit d'un copropriétaire, l'adjudicataire doit à ses cohéritiers le prix d'adjudication, déduction faite de la part de ce prix qui devait lui revenir.

Dans ce cas, la licitation n'est plus une vente, mais une opération de partage. En effet, elle met fin à l'indivision quant aux biens licités ; or toute opération intervenant entre copropriétaires et ayant pour effet de faire cesser complètement l'indivision est un partage (article 888). En se plaçant à ce point de vue, ce n'est pas au titre *De la vente* que les rédacteurs du Code devaient traiter de la licitation, mais au titre *Des successions*. La preuve en est dans l'article 883 : « Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédia- « tement à tous les effets compris dans son lot ou à lui échus « sur licitation..... ». L'adjudicataire est propriétaire non pas en sa qualité d'adjudicataire, mais en qualité de copartageant ; l'adjudication n'est pas pour lui un acte attributif, mais seulement déclaratif.

Voici les conséquences qui résultent de cette idée.

1° Si le bien licité est un immeuble, le jugement ou le procès-verbal d'adjudication n'a pas besoin d'être transcrit. L'article 1-4° de la loi du 23 mars 1855 le dit expressément[3].

1. Le droit de 2 0/0 en principal, 2.50 0/0 décimes compris, est le tarif général des ventes mobilières. Mais plusieurs tarifs spéciaux ont été établis pour certaines catégories de meubles ou certaines ventes. Voy. les lois des 24 mai 1834, article 12, — 15 mai 1838, article 94, — 3 juillet 1861, article 3,— 23 mai 1883, article 3, — 31 mars 1896, article 8, — 7 avril 1902, article 22.

2. Le tarif des ventes d'immeubles, fixé par l'article 69, § 7, n° 1 de la loi du 22 frimaire an VII, a été modifié par l'article 2 de la loi du 22 avril 1905. Aux termes de ce texte, le droit d'enregistrement des ventes d'immeubles est porté à 7 0/0 sans addition d'aucun décime. La formalité de la transcription ne donne plus lieu à aucun droit proportionnel autre que la taxe établie par la loi du 27 juillet 1900. — Voy. *suprà*, n° 180.

3. Voy. *suprà*, n° 342.

2° Les droits réels consentis par les copropriétaires de l'adjudicataire ou nés de leur chef sont annulés par l'effet de la licitation, comme ayant été établis *a non domino*.

3° Les copartageants et l'adjudicataire lui-même peuvent demander la rescision pour lésion de plus du quart, conformément aux règles du partage (article 887)[1].

4° Il y a place, comme garantie de paiement du prix, pour le privilège du copartageant[2]. Par contre, il n'y a pas place pour les divers droits du vendeur non payé, en particulier pour l'action résolutoire de l'article 1654.

5° L'acte est passible des droits d'enregistrement afférents non à la vente, mais au partage. Il y a donc grand intérêt à distinguer entre le cas où l'héritier se porte adjudicataire sur licitation d'un des biens de la succession, et le cas où il achète ce bien de son cohéritier après partage consommé; l'opération est un partage dans le premier cas, et dans le second une vente entraînant le paiement des droits de mutation payables en cas de vente.

Toutefois, il s'est produit, à cet égard, des variations assez nombreuses, soit dans la loi, soit dans la pratique.

D'abord, dans la loi. La loi du 22 frimaire an VII (article 63), entièrement conforme aux principes du droit civil, tarifait les licitations-partages au droit fixe de trois francs; la loi du 28 avril 1816 (article 45, n° 3) éleva ce taux à cinq francs. La loi du 28 février 1872 (article 1, n° 5) rompant avec les principes du Code civil, les soumit à ce qu'on appelle le droit gradué. Enfin, la loi de finances du 28 avril 1893 (article 19) a rétabli le droit proportionnel pour les partages et en a fixé la quotité à 0 fr. 15 0/0.

En second lieu, dans la pratique. La matière qui nous occupe est une de celles où la Cour de cassation a le plus révélé les tendances fiscales qu'on lui reproche La jurisprudence fait des distinctions multiples; contentons-nous d'indiquer la principale: il n'y a pas lieu à la perception du droit de mutation dans les limites où l'adjudicataire n'est tenu à aucun débours, mais il en est autrement pour ce qui lui advient en sus de sa part dans la succession[3].

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 150.
2. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 10 et 11
3. Voy. Demante, *Principes de l'Enregistrement*, 4e édition, II, p. 427. — Cpr. Cass. 19 mai 1843, D. P. 1843.I.243, — 6 novembre 1851, D. P. 1851.I.314, — 31 janvier 1860, D. P. 1860.I.82.

344. Ainsi, les caractères de la licitation varient selon la qualité de l'adjudicataire. La distinction, bien qu'elle ne soit formulée par aucun texte spécial, est suffisamment établie par l'article 883 du Code civil et par l'article 1 de la loi de 1855, lequel, sans l'énoncer d'une manière expresse, l'implique et en consacre les applications.

§ 2. — La cession de créance.

345. Dans la rubrique qui précède le chapitre VIII et dernier du titre *De la vente* (articles 1689 à 1701), la cession de créance est désignée sous le nom de transport de créance. On l'appelle souvent cession-transport [1]. En réalité, c'est la vente d'une créance.

Ce sujet n'est pas exempt de difficultés. D'une part, le système du Code civil est assez compliqué. D'autre part, ce système a été modifié dans une certaine mesure par des lois postérieures, et plus encore par la pratique, qui a su briser, à certains égards, les entraves établies par le Code.

346. La vente, dans l'acception courante du mot, a pour objet des immeubles ou des meubles par nature, c'est-à-dire envisagés au point de vue de la propriété. La vente, en d'autres termes, est un contrat translatif de propriété ; les articles 1582 et 1583, dans la définition qu'ils nous donnent de ce contrat, l'envisagent à ce point de vue [2].

En outre, la vente peut avoir pour objet des droits autres que la propriété, c'est-à-dire, dans la terminologie du Code civil, des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent ou des meubles par détermination de la loi, autrement dit des choses incorporelles. Ce sont, d'abord, l'usufruit, les servitudes et autres droits similaires ; le propriétaire d'un immeuble peut vendre l'usufruit de cet immeuble, ou une servitude sur cet immeuble, en d'autres termes constituer l'usufruit ou la servitude à titre onéreux (articles 579, 625, 639, 686), et l'usufruitier peut vendre son droit (article 595). Ce sont, ensuite, tous les droits mobiliers qui ont une existence indépendante des rapports de personnes, comme les offices, les brevets d'invention, la propriété littéraire ou

1. Voy. *suprà*, p. 10.
2. *Ibid.*, p. 8 et 9.

artistique, les actions ou parts d'intérêt dans les sociétés, etc. Ces ventes restent soumises aux mêmes règles que les ventes de choses corporelles; l'article 1607 ne les vise d'une manière spéciale que pour indiquer que la délivrance présente une particularité en ce qui les concerne : elle ne s'opère pas par tradition, mais par quasi-tradition [1].

Enfin, la vente peut avoir pour objet des créances. Les créances sont encore des choses incorporelles : des meubles par détermination de la loi s'il s'agit de créances mobilières, des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent s'il s'agit de créances immobilières ; mais, au lieu d'avoir une existence indépendante de tout rapport de personnes, elles consistent dans un rapport entre deux personnes, dont l'une est créancière et l'autre débitrice.

C'est quand on l'applique aux créances que la vente prend le nom de cession ou transport-cession.

347. L'opération, au lieu de supposer deux personnes seulement, le vendeur et l'acheteur, comme quand il s'agit d'une vente ordinaire, en suppose nécessairement trois.

1° Le créancier, qui aliène son droit. Il joue le rôle de vendeur ; on l'appelle le cédant, parce que la vente elle-même s'appelle cession.

2° L'acheteur, qui acquiert la créance. Il prend le nom de cessionnaire.

3° Le débiteur contre lequel existe le droit transporté. On l'appelle le débiteur de la créance cédée, le débiteur cédé, ou plus simplement le cédé. Le débiteur cédé n'intervient pas à la cession, qui se passe entre le cédant et le cessionnaire ; mais il y est intéressé. C'est l'existence du cédé qui donne à la vente de créance son caractère propre et entraîne quelques règles spéciales.

L'article 1689 relève, dès le début du chapitre, ce caractère distinctif et essentiel de l'opération : « Dans le transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un « tiers... » Il aurait mieux valu dire : contre un tiers ; mais l'idée est très nette. Le texte dit : « d'une créance » ; cela suppose un droit certain. Il ajoute : « d'un droit » ; cela suppose un droit à l'état de prétention. Enfin il ajoute : « d'une « action » ; cela suppose le droit à l'état de prétention soutenue en justice. Dans tous les cas, il s'agit d'une créance.

1. Voy. *suprà*, p. 114.

348. Que faut-il comprendre au juste sous cette dénomination générique de créance ?

a) **En premier lieu**, les obligations de sommes d'argent, avec leur infinie variété. La cession de ces créances est un contrat usuel et des plus pratiques. Elle présente trois avantages.

1° Pour le cédant, elle est un moyen de crédit. Elle lui permet de réaliser immédiatement, moyennant un escompte, ce qui ne lui est dû qu'à terme ; il touche sans délai, comme cédant, ce qu'il ne toucherait comme créancier qu'à l'échéance.

2° Pour le cessionnaire, elle est un mode de placement. Il fait emploi de son capital en le livrant au créancier qui veut réaliser. L'article 1692 ne fait qu'appliquer cette idée quand il comprend dans la cession les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque.

3° Elle est un mode de paiement, auquel cas elle se produit sous le nom de *datio in solutum*. Un débiteur cède à son créancier, pour se libérer vis-à-vis de lui, la créance qu'il a contre un tiers.

b) **En second lieu**, rentrent dans la dénomination générique de créance tous les autres droits résultant d'engagements contractuels ou quasi-contractuels. Par exemple, le droit au bail : le preneur, dans un bail à loyer ou à ferme, cède à un tiers la créance qu'il a contre son bailleur, le droit qui résulte pour lui de son contrat, ce qu'on appelle le droit au bail (articles 1709 et 1717)[1]. Il en est de même de la créance en délivrance d'un acheteur qui cède son marché à un tiers.

En un mot, ce qui caractérise la cession et la distingue de la vente ordinaire, c'est ceci : l'objet de la vente, au lieu d'être une chose matérielle, ou un droit ayant une existence indépendante de tout rapport de personnes, est un droit de relation, un *jus adversus certam personam*, de telle sorte qu'à côté du cédant et du cessionnaire apparaît le cédé.

349. Cette idée générale une fois mise en relief, deux questions se posent, celles de savoir : 1° sous quelles conditions et en quelle forme la cession de créance peut être faite, — 2° quels sont les effets qu'elle produit.

1. Voy. *infrà*, n° 532.

I. Sous quelles conditions et en quelle forme la cession de créance peut-elle être faite ?

350. Le droit positif a beaucoup varié à cet égard. Les variations ont porté principalement sur le point de savoir si un créancier peut céder librement le droit qu'il possède, ou s'il ne peut le céder qu'avec le concours et le consentement du débiteur.

En théorie, il semble, au premier abord, que la nature du droit de créance s'oppose à ce qu'il puisse être cédé sans le concours du débiteur. En effet, la créance est un rapport de droit entre deux personnes déterminées, dont l'une est obligée envers l'autre ; n'est-ce pas modifier abusivement et altérer la relation juridique que de changer les personnes entre lesquelles l'obligation s'est formée ?

En fait, d'ailleurs, il n'est pas indifférent pour un débiteur d'être lié envers telle personne ou envers telle autre. Il y a créancier et créancier ; le débiteur peut avoir des raisons appréciables pour ne pas admettre que le créancier se substitue un créancier nouveau.

Ce point de vue a été adopté par le droit romain primitif. Au début, le droit romain ne connut d'autre mode de substitution d'un nouveau créancier au créancier primitif que la novation par changement de créancier, laquelle n'était possible que du consentement du débiteur [1]. On a pu dire en ce sens que le droit romain primitif n'admettait pas la cession de créance ; cela signifie qu'il n'autorisait pas le créancier à disposer du *jus obligationis* sans le concours du débiteur ; mais, avec le concours du débiteur, le créancier a toujours pu disposer de son droit au moyen de la novation.

Plus tard, le point de vue a changé. Quand on admit la représentation dans les actes juridiques et en justice, le transport de créance put s'effectuer au moyen du mandat [2]. Le créancier donne au tiers auquel il veut transmettre le bénéfice de son droit mandat de l'exercer contre le débiteur sans avoir à rendre compte. C'est ce qu'on a nommé la *procuratio in rem suam*, ou mandat dans l'intérêt du mandataire. Le résultat

1. Voy. Gide, *La novation et le transport des créances*, p. 231 et suiv.
2. Voy. *ibid.*, p. 273 et suiv., — et les dissertations de M. Labbé formant les *Appendices* IX et XI du livre III, au tome II de la 12e édition des *Instituts* d'Ortolan, p. 865 et suiv., 892 et suiv.

pratique, sous une forme détournée, est le transport sinon du *jus obligationis*, au moins du bénéfice de ce droit[1].

Le législateur de 1804, ne faisant d'ailleurs que consacrer à cet égard les règles de l'ancien droit dans son dernier état[2], s'est arrêté à un parti intermédiaire. Il présume chez le débiteur l'intention d'autoriser le créancier à céder plus tard le droit acquis sans faire intervenir l'idée de mandat ; mais il ne va pas jusqu'à présumer que le débiteur ait consenti à ne pas être au moins informé de la cession.

351. De là deux propositions, qui résument le système consacré par le Code civil[3].

1° Le créancier peut céder son droit sans le concours du débiteur. Il n'est pas nécessaire que le débiteur consente à la cession pour que celle-ci soit valable en ce qui concerne les rapports du cédant avec le cessionnaire.

2° L'accord des volontés du cédant et du cessionnaire, qui suffit à rendre la cession valable en ce qui concerne leurs rapports respectifs, ne confère pas au cessionnaire un droit opposable aux tiers. Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers, parmi lesquels figure en première ligne le débiteur cédé, que par une notification du transport faite au débiteur ou par l'acceptation du débiteur dans un acte authentique.

Ces deux propositions ressortent des articles 1689 et 1690, que nous allons analyser. Ils consacrent, en ce qui concerne la cession de créance, la distinction qui devait être établie un demi-siècle plus tard par la loi de 1855 en ce qui concerne les ventes d'immeubles : distinction entre la conclusion de la vente dans les rapports des parties et son efficacité à l'égard des tiers[4].

352. L'article 1689 est ainsi conçu : « Dans le transport « d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers, la « délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la « remise du titre. » Autrement dit, la cession est parfaite, entre le créancier cédant et le cessionnaire qui achète la créance, dès que les conditions nécessaires à la validité de

1. Gaius, II, §§ 38 et 39.
2. Voy. Laurière, *Coutume de Paris*, sous l'article 108. — Cpr. Planiol, *Traité élémentaire*, 1re édition, II, n° 1671.
3. Cpr. *suprà*, p. 8, 111, 202.
4. Voy. *suprà*, p. 110 ; — *Les contrats et les obligations*, p. 209 et suiv.

toute vente sont réunies, dès qu'on est convenu de la chose et du prix ; c'est le droit commun (article 1583).

Toutefois, il n'en est ainsi que dans le cas où la cession est à titre onéreux. Si elle est à titre gratuit, il faut l'accomplissement des formalités spéciales aux donations.

Mais nous ne parlons ici que de la vente. La vente est parfaite dès qu'on est convenu de la chose et du prix. A partir de ce moment, le transport s'accomplit ; le cédant cesse d'être créancier, le cessionnaire le devient ; le débiteur restant le même, le droit a passé du cédant au cessionnaire. A l'égard du cédant, le cessionnaire est investi du droit transporté par le seul consentement, sans qu'il soit besoin d'aucune autre condition.

353. Pour que la cession soit opposable aux tiers par le cessionnaire, l'article 1690 prescrit l'accomplissement de certaines formalités : « Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des « tiers que par la signification du transport faite au débiteur. « Néanmoins le cessionnaire peut être également saisi par « l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte « authentique. »

Il faut entendre ici par « tiers » toutes les personnes qui n'ont pas été parties ou représentées à la cession, toutes celles qui ne sont pas le cédant et le cessionnaire ou leurs héritiers, et qui ont sur la créance des droits de nature à être compromis par la cession si celle-ci leur était opposable.

La cession ne peut leur être opposée qu'autant qu'elle a reçu une certaine publicité et à partir de cette publicité. Jusque-là, dans l'intérêt des tiers, la créance, bien qu'elle ait été cédée, est considérée comme appartenant encore au cédant.

354. L'article 1690 admet deux modes de publicité.

Premier mode.

Le cessionnaire peut être saisi au regard des tiers, de telle sorte qu'il soit désormais recevable à leur opposer la cession, « par la signification du transport faite au débiteur ». Le cessionnaire n'est saisi au regard des tiers qu'à partir de cette signification. Donc, tout droit acquis par un tiers sur la créance, antérieurement à la signification, fût-ce après la cession, devrait être respecté par le cessionnaire.

Cette signification se fait dans la forme ordinaire des actes

extrajudiciaires, par huissier, ce qui assure la date certaine et la force probante.

La signification peut être faite par le cédant ou par le cessionnaire (article 1691) : par le cédant, qui a intérêt à assurer les effets de la cession, dont il est garant comme vendeur, — par le cessionnaire, qui a intérêt à consolider son droit, à le mettre à l'abri de toute atteinte.

La signification ne touche que le débiteur cédé ; c'est à lui qu'on a pensé principalement ; si la loi n'exige plus le consentement du cédé ni son concours à l'acte de cession, elle veut au moins qu'il soit informé de la cession, et celle-ci est consommée aussitôt qu'il en est informé. Mais nous verrons tout à l'heure que la signification, si elle n'atteint directement que le débiteur cédé, prévient en outre, au moins indirectement, tous les tiers.

Second mode.

Le cessionnaire peut encore être saisi « par l'acceptation « du transport faite par le débiteur dans un acte authen- « tique ».

Historiquement, l'usage de l'acceptation a précédé celui de la signification[1]. L'ordre d'évolution des idées a été celui-ci : primitivement, la cession a impliqué le concours du débiteur, — plus tard, on l'a admise sans ce concours pourvu que le débiteur l'acceptât, — enfin, on l'a admise sous la seule condition qu'elle lui fût ultérieurement notifiée. L'acceptation et la notification associent le débiteur à la cession, en constatant soit qu'il l'a acceptée, soit au moins qu'il en a eu connaissance.

L'acceptation peut être concomitante à la cession ; c'est le cas le plus habituel : la cession est faite par acte authentique, en présence du débiteur qui signe l'acte, et la cession se trouve être opposable aux tiers dès qu'elle est conclue. D'autres fois, l'acceptation est postérieure à la cession ; la cession étant intervenue, le cessionnaire obtient ultérieurement l'acceptation du cédé, et alors la cession est parfaite entre les parties avant d'être opposable aux tiers.

Pourquoi faut-il que l'acceptation soit faite par acte authentique ? On ne peut donner de cette exigence aucune raison

1. Voy. *suprà*, n° 350.

décisive. Comme il s'agit de rapports avec les tiers, on a voulu que l'acceptation eût date certaine dès qu'elle est réalisée ; or les actes authentiques seuls font foi de leur date [1]. D'ailleurs, cette exigence de l'article 1690 ne doit pas être prise à la lettre. En ce qui concerne le débiteur cédé, l'acceptation est aussi efficace quand elle est faite par acte sous seing privé ou même verbalement que quand elle est faite par acte authentique ; sauf, bien entendu, la question de preuve, conformément au droit commun [2].

Enfin, il faut reproduire ici l'observation que nous venons de faire à propos de la signification [3]. Directement, l'acceptation prouve que la cession est connue du débiteur cédé. Indirectement, elle devient un mode de publicité à l'égard des tiers.

Et c'est ce qu'il importe de faire apercevoir.

355. Pour cela, demandons-nous quels sont ces tiers, au regard desquels le cessionnaire n'est pas encore créancier, bien qu'il soit devenu acquéreur du droit de créance par l'effet de la cession ?

D'une manière générale, les tiers, avons-nous dit [4], sont toutes les personnes qui n'ont pas été parties ou représentées à la cession et qui ont sur la créance des droits que la cession pourrait compromettre.

Or cette formule s'applique à quatre catégories distinctes de personnes [5].

PREMIÈRE CATÉGORIE

356. Le débiteur cédé est un tiers, car il n'a pas été partie à la cession, laquelle intervient uniquement entre le créancier cédant et le tiers cessionnaire. Tant que la cession ne lui a pas été signifiée ou qu'il ne l'a pas acceptée, elle n'existe pas à son égard ; le cessionnaire ne peut la lui opposer.

De là deux conséquences.

1° Le cessionnaire ne peut pas poursuivre valablement le débiteur cédé tant que la cession n'a pas été régulièrement

1. *Les contrats et les obligations*, p. 616 et suiv.
2. Voy. *infrà*, n° 358.
3. Voy. *suprà*, p. 256.
4. *Ibid.*, n° 353.
5. Cpr., sur le sens du mot « tiers » en matière de transcription et en matière hypothécaire : *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 31 et suiv., 176 et suiv., 312 et suiv., — *Les contrats et les obligations*, p. 219 et suiv.

portée à la connaissance de ce dernier; jusque-là, le cédé est fondé à répondre qu'il ne connaît pas le cessionnaire. L'article 2214 le dit formellement à propos de la saisie immobilière : « Le cessionnaire d'un titre exécutoire ne peut pour« suivre l'expropriation qu'après que la signification du « transport a été faite au débiteur. » La jurisprudence[1] autorise cependant le cessionnaire, même avant la notification ou l'acceptation, à accomplir les actes conservatoires de son droit: saisie-arrêt, interruption de prescription, renouvellement d'inscription hypothécaire; ces actes ne compromettent aucun droit.

2° Jusqu'à la signification ou l'acceptation, le débiteur cédé peut se libérer aux mains du cédant, qui est resté le véritable créancier au regard du débiteur cédé, malgré la cession conclue ; le paiement fait au cédant libère valablement le débiteur. En vain le cessionnaire objecterait-il qu'il est devenu créancier aux lieu et place du cédant; le cédé répondrait: « Une cession qui n'a été ni signifiée ni acceptée n'existe pas « en ce qui me concerne, et le paiement que j'ai fait au cédant « est libératoire. » L'article 1691 s'exprime en termes formels à cet égard : « Si, avant que le cédant ou le cessionnaire eût « signifié le transport au débiteur, celui-ci avait payé le « cédant, il sera valablement libéré. » Sauf, bien entendu, au cessionnaire à recourir contre le cédant qui a touché indûment. La règle que l'article 1691 formule à propos du paiement s'applique à tous les autres modes d'extinction.

En un mot, bien qu'il y ait eu cession, tant que la cession n'a été ni signifiée, ni acceptée, elle n'existe pas au regard du débiteur cédé. En ce qui le concerne, la publicité exigée est une garantie suffisante; elle le prévient directement.

357. Il importe peu qu'on ait employé l'un ou l'autre des deux modes de publicité.

Cependant, s'ils ont la même valeur par rapport au cédé, il n'en est pas de même par rapport au cessionnaire. Quoique l'article 1690 mette la notification et l'acceptation sur la même ligne, l'acceptation par le cédé vaut mieux pour le cessionnaire que la simple signification. Voici pourquoi.

1. Cass. 22 février 1858, D. P. 1858.I.116, — Bruxelles 20 juillet 1874, Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° *Vente*, n° 721,— Cass. 8 août 1877, *Journal des Notaires*, article 21804. — Cpr. Aubry et Rau, IV, § 359 *bis*, texte et note 40, p. 434, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 852.

En acceptant la cession, le cédé reconnaît l'existence de la dette et se lie envers le cessionnaire ; donc, à moins qu'il ne formule des réserves, il est censé renoncer aux moyens et exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant. Ainsi, la compensation lui avait été acquise la veille de son acceptation ; aux termes de l'article 1295 alinéa 1, il ne pourra plus opposer au cessionnaire l'exception qu'il aurait eu le droit, avant l'acceptation, d'opposer au cédant [1].

La signification, au contraire, consacre l'état de choses qui existe au moment où elle intervient, sans y rien changer ; elle met seulement obstacle à ce que cet état de choses se modifie dans l'avenir. Si donc elle empêche une compensation de se produire ultérieurement, elle est sans effet sur la compensation qui se serait opérée dans le passé (article 1295 alinéa 2) [2].

358. Notons en passant que l'acceptation, au regard du cédé, n'a pas besoin d'être faite par acte authentique, en dépit de l'article 1690 alinéa 2 [3]. En effet, aux termes de l'article 1322, l'acte sous seing privé a la même efficacité entre les parties que l'acte authentique ; l'authenticité n'est exigée qu'au regard des tiers autres que le cédé [4]. Une acceptation verbale suffirait même, sous réserve bien entendu de la question de preuve [5].

Mais encore faut-il qu'il y ait eu une acceptation. L'acceptation ne peut être suppléée par la connaissance de fait que le cédé aurait acquise de la cession [6].

1-2. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 537.

3. Voy. *suprà*, n° 354.

4. *Les contrats et les obligations*, p. 615.

5. En ce sens : Aubry et Rau, IV, § 357 *bis*, p. 435, — Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 136, — Laurent, XXIV, n° 487, — Cass. 1er décembre 1856, D. P. 1856.I.439, — Rennes 29 juillet 1861, Sir. 1862.II.225 — Cass. 6 février 1878, Sir. 1878.I.168.

6. La question est controversée.

Dans un premier système, la connaissance que le cédé aurait indirectement acquise de la cession ne l'empêche pas d'exciper du défaut de signification, à moins que les circonstances de la cause ne dénotent, de sa part, une collusion avec le cédant : Aubry et Rau, 4e édition, IV, § 359 *bis*, p. 429, — Duvergier, II, n° 208, — Laurent, XXIV, n° 488, — Cass. 17 février 1874, D. P. 1874.I.281, Sir. 1875.I.399.

Une deuxième opinion considère la cession comme toujours inexistante à l'égard du débiteur, en l'absence d'une signification ou d'une notification : Ferrières, sur l'article 108 de la Coutume de Paris, — Demante et Colmet de Santerre, VII, p. 183, n° 136, — Cass. 17 mars 1840, Sir. 1840.I.197, — Bastia 10 mars 1856, D. P. 1856.II.178, Sir. 1856.II.292.

Dans un troisième système, la connaissance que le cessionnaire aurait

DEUXIÈME CATÉGORIE

359. Les cessionnaires ultérieurs de la créance sont des tiers par rapport à celui qui, le premier, a régularisé sa situation.

Supposons que le créancier cède la créance à plusieurs personnes successivement, dans le dessein d'en toucher plusieurs fois le prix. Quand viendra l'échéance, les divers cessionnaires, dont chacun croit être le seul, se présenteront pour obtenir paiement. Lequel d'entre eux sera le véritable cessionnaire et aura droit de toucher le montant de la créance? Celui qui le premier aura rempli les conditions exigées pour acquérir un droit opposable aux tiers, c'est-à-dire celui qui aura le premier signifié la cession au débiteur ou obtenu l'acceptation de celui-ci. Quant aux autres, ils seront évincés, et ne pourront qu'agir en garantie contre le cédant, comme tout acheteur victime d'une éviction. Le cédant sera, d'ailleurs, responsable pénalement; car il a commis une escroquerie en faisant croire à une qualité qu'il n'a pas, ou du moins qu'il n'a plus (article 405 C. pén.).

Le cessionnaire consolide son droit au regard des tiers par la signification qu'il fait ou l'acceptation qu'il obtient, de même que l'acquéreur d'un immeuble consolide son droit au regard des tiers par la transcription.

Seulement, l'analogie n'existe qu'au point de vue du résultat, non au point de vue du procédé. En effet, la transcription est une formalité qui prévient tous les intéressés, puisque les bureaux de la conservation sont publics [1]. Au contraire, la formalité de l'article 1690 ne prévient vraiment que le débiteur cédé. Comment peut-on la regarder comme suffisante pour rendre la cession opposable aux autres tiers, notamment aux autres cessionnaires?

Historiquement, on peut s'expliquer qu'elle soit regardée comme suffisante. La question s'est posée de savoir si la cession est possible sans le consentement du débiteur; et elle a été résolue affirmativement. Mais on a cru nécessaire d'ajouter une condition. Au moins faut-il, a-t-on dit, que le débiteur

donnée de la cession au débiteur autrement que par une signification régulière peut suffire pour empêcher le débiteur d'exciper du défaut de notification et fait présumer sa mauvaise foi: Bastia 2 mai 1842, Sir. 1842.II.457. — Cass. 17 août 1844, Sir. 1849.I.48, — Rouen 14 juin 1847, Sir. 1849.II.25.

1. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 307. — Cpr. *Les contrats et les obligations*, p. 222 et suiv.

soit prévenu de l'existence de la cession. Lui prévenu, la cession devient désormais opposable à tous[1].

D'autre part, en fait, la formalité introduite dans l'intérêt du cédé prévient indirectement les autres tiers. Voici comment. Quand on projette d'acquérir une créance, on ne manque pas, du moins on ne doit pas manquer de se renseigner auprès du débiteur ; on sait par lui si la créance existe encore ou si elle a été payée, si la créance a déjà été cédée ou si elle appartient toujours au cédant. Un cessionnaire prudent ne doit payer le prix de la cession qu'après renseignements pris. La signification ou l'acceptation prévient le cédé, et, par voie indirecte, elle prévient également les autres tiers ; le premier cessionnaire qui signifie la cession au cédé ou obtient l'acceptation de celui-ci acquiert son droit au regard du cédé, et, par suite, au regard des tiers[2].

360. Le mode de publicité n'est pas assurément aussi parfait que celui de la transcription en matière d'immeubles. Il n'est pas toutefois sans valeur.

Pour qu'il fût inefficace, il faudrait supposer la complicité du cédant et du cédé, qui seraient alors tous deux responsables au regard des tiers induits en erreur. Il est vrai que cette responsabilité serait probablement illusoire, les escrocs n'offrant pas en général grande surface. Mais que faire de plus ?

Il peut arriver, cependant, que des tiers soient trompés à l'insu du cédant et du cédé ; mais il faut supposer pour cela que la même personne intervienne en leur nom à tous deux. Voici l'hypothèse. *Primus* vend un immeuble à *Secundus* par devant notaire ; le prix est payable dans dix ans. Le vendeur, voulant réaliser immédiatement sa créance, charge le notaire de la céder s'il le peut ; souvent, pour simplifier l'opération, l'acheteur donne procuration au notaire d'accepter la cession. Voilà le notaire muni du pouvoir de céder la créance au nom du créancier et du pouvoir d'accepter la cession au nom du débiteur. Supposons qu'il soit malhonnête ; il consentira des cessions comme mandataire du vendeur, et les acceptera comme mandataire de l'acheteur, autant de fois qu'il le voudra.

1. Voy. *suprà*, n° 350.
2. Cpr. *ibid.*, p. 256 et 257.

TROISIÈME CATEGORIE

361. Le créancier du cédant auquel la créance a été remise en gage est encore un tiers.

Une créance peut être donnée en gage comme toute autre chose mobilière ; et, aux termes de l'article 2075, la mise en gage doit être signifiée au débiteur comme une cession [1]. Si la créance a été donnée en gage après la signification ou l'acceptation de la cession, le gage est sans valeur ; le cessionnaire a un droit opposable au créancier gagiste. Mais du moment que le droit du cessionnaire ne devient opposable au créancier gagiste qu'à partir de l'acceptation ou de la signification, ce créancier prime le cessionnaire s'il a signifié la constitution de gage avant l'acceptation ou la signification de la cession, fût-ce après la cession. Du gagiste et du cessionnaire celui-là l'emporte qui le premier a rendu son droit opposable aux tiers. En d'autres termes, les créanciers gagistes du cédant sont des tiers par rapport au cessionnaire.

Même observation que précédemment [2]. La formalité remplie soit par le créancier gagiste, soit par le cessionnaire, ne prévient que le cédé ; mais, par lui, elle prévient tous les autres tiers, qui doivent, avant de conclure, se renseigner auprès de lui. Le créancier gagiste ne devra se dessaisir, le cessionnaire ne devra payer son prix qu'après renseignements pris. S'ils sont trompés par le cédé, celui-ci sera responsable vis-à-vis d'eux.

QUATRIÈME CATÉGORIE

362. Les créanciers chirographaires du cédant sont-ils des tiers, en ce sens qu'une cession ne leur soit pas opposable tant qu'elle n'a pas été signifiée au cédé ou acceptée par lui ?

Le débiteur cédé, les autres cessionnaires, le créancier gagiste, sont sans contredit des tiers, au sens de l'article 1690 ; ils n'ont été ni parties ni représentés à la cession, et ils ont, sur la créance ou relativement à la créance, des droits que la cession compromettrait si elle leur était opposable. La question est discutée de savoir s'il faut en dire autant des créanciers chirographaires du cédant. Cette question soulève des difficultés, d'ordre essentiellement pratique, et qui sont très complexes.

1. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 125.
2. Voy. *suprà*, p. 261.

363. Un point est certain. C'est que les créanciers chirographaires du cédant ont intérêt à ce que la cession ne puisse leur être opposée tant qu'elle n'a pas été soit à eux signifiée, soit par eux acceptée.

En effet, ils ont, sur la créance appartenant à leur débiteur, un droit qui pourra se trouver compromis si la cession par lui opérée leur est opposable. Ce droit est le droit de gage général que l'article 2093 confère à tout créancier sur les biens de son débiteur[1]. Quand le débiteur a dans son patrimoine une créance contre un tiers, cette créance fait partie du gage général des créanciers ; ceux-ci peuvent pratiquer une saisie-arrêt sur le débiteur (article 557 C. proc. civ.)[2] ; ils peuvent aussi exercer la créance au nom de leur débiteur (article 1166)[3]. Qu'ils fassent valoir leur droit sous l'une ou l'autre de ces deux formes, ils le réalisent utilement tant que la créance appartient encore à leur débiteur par rapport à eux. Si on les regarde comme des tiers jusqu'à ce que le cessionnaire ait signifié la cession au cédé ou obtenu l'acceptation du cédé, ils peuvent valablement, fût-ce après la cession, pratiquer une saisie-arrêt ou exercer l'action de leur débiteur ; par voie de conséquence, quand ils auront réalisé leur droit, de manière à le transformer en droit acquis, une cession ultérieure ne pourra plus y porter atteinte.

Puisqu'ils ont intérêt à être considérés comme des tiers, pourquoi ne leur reconnaîtrait-on pas cette qualité ?

364. On la leur a contestée pour deux raisons.

a) **La première** est que le droit de gage général de l'article 2093 ne met pas obstacle à ce que le débiteur dispose librement de ses biens, notamment à ce qu'il cède les créances lui appartenant. C'est là le droit commun des créanciers chirographaires ; ils subissent les conséquences des fluctuations qui s'opèrent dans la fortune du débiteur[4].

Cela est exact. Mais, lorsque les créanciers ont réalisé leur droit, soit en exerçant l'action en paiement au nom de leur débiteur, soit en pratiquant une saisie-arrêt, ce n'est pas seulement le droit de gage général qu'ils invoquent, c'est ce

1. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 21 et suiv. — Cpr. *Les contrats et les obligations*, p. 267 et suiv.
2. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 33.
3. *Ibid.*, p. 35, — *Les contrats et les obligations*, p. 292 et suiv.
4. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 23 et suiv.

droit exercé et transformé en un droit acquis. A partir de ce moment, le débiteur ne peut plus se libérer à leur préjudice (article 1242) [1] ; ils ont désormais un droit acquis, contre lequel ne peut prévaloir le droit qu'un cessionnaire viendrait à acquérir postérieurement.

b) **La seconde objection** faite est que les créanciers chirographaires sont les ayants-cause du cédant, et qu'ils ne peuvent avoir, comme tels, plus de droits que lui. Or, dès que la cession est intervenue, encore qu'elle n'ait été ni signifiée au cédé ni acceptée par lui, elle est parfaite au regard du cédant. Donc, dit-on, elle est opposable aux créanciers chirographaires, ayants-cause du cédant.

Cela est encore exact. Seulement il y a erreur à dire qu'en pareille matière les ayants-cause n'ont pas plus de droits que leur auteur. Les cessionnaires ultérieurs ne sont, eux aussi, que des ayants-cause du cédant ; cependant on n'hésite pas à admettre que les cessions non signifiées ni acceptées ne leur sont pas opposables.

365. La vérité est qu'il faut considérer comme tiers, pour l'application de l'article 1690, toutes les personnes qui, n'ayant été ni parties ni représentées à la cession, ont sur la créance un droit qui serait compromis si la cession leur était opposable. Or les créanciers saisissants sont de ce nombre, aussi bien que le cédé, les cessionnaires ultérieurs et les créanciers gagistes. Par suite, la cession ne leur devient opposable que si elle a été soit à eux signifiée, soit par eux acceptée, et à partir du moment où elle l'a été.

Plus précisément, si les créanciers chirographaires ne sont pas, comme tels, des tiers, au sens de l'article 1690, ils le deviennent dès qu'ils ont pratiqué une saisie-arrêt ou exercé l'action de leur débiteur. Leur droit, qui ne constitue jusque-là qu'une expectative, se transforme à partir de ce moment en un droit acquis. Désormais, les créanciers peuvent réaliser leur droit tant qu'il ne se heurte pas à une cession signifiée ou acceptée ; une fois le droit réalisé, une cession ultérieure ne saurait lui faire échec. Leur saisie est tardive si la cession était déjà signifiée ou acceptée au moment où ils la pratiquent ; au contraire, une cession signifiée ou acceptée après la saisie ne leur est pas opposable.

1. Cpr. *Les contrats et les obligations*, p. 479.

Telle est l'opinion qui prévalait avant le Code[1]. Elle est généralement admise dans le droit actuel[2].

366. Est-ce à dire maintenant que le cessionnaire d'une créance ne puisse plus signifier utilement la cession au débiteur ou obtenir l'acceptation du débiteur quand les créanciers du cédant ont pratiqué une saisie-arrêt ou exercé le droit de leur débiteur ?

Non. Et nous allons expliquer pourquoi.

Pour y parvenir, rappelons brièvement en quoi consiste la saisie-arrêt et quels effets elle produit.

367. La saisie-arrêt est l'acte par lequel un créancier arrête, entre les mains d'un tiers, les sommes ou objets mobiliers qui sont dus à son débiteur ; il obtient, par ce moyen, jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû, la délivrance directe soit des sommes, soit du prix à provenir de la vente des objets. C'est ainsi que l'article 557 du Code de procédure présente la saisie-arrêt : « Tout créancier peut, en vertu de titres au- « thentiques ou privés, saisir-arrêter entre les mains d'un « tiers les sommes et effets appartenant à son débiteur, ou « s'opposer à leur remise. »

Elle met en contact, au point de vue du droit, trois personnes : 1° le saisissant, le créancier qui pratique la saisie, — 2° le saisi, ou débiteur saisi, celui dont le créancier recourt à la voie d'exécution appelée saisie-arrêt, — 3° le tiers saisi, le débiteur du saisi, aux mains duquel se trouvent les sommes ou effets arrêtés.

368. Les effets de la saisie-arrêt, indépendamment de son résultat final, sont divers. Nous en signalerons seulement deux, qui interviennent dans l'ordre d'idées dont nous avons à nous occuper.

1° La saisie-arrêt met obstacle à ce que le tiers saisi se libère désormais aux mains de son créancier (article 1242)[3].

2° Elle rend la créance indisponible aux mains du débiteur saisi. C'est l'effet général des saisies quant aux biens qu'elles frappent[4]. La créance est mise sous main de justice ; l'indisponibilité résulte *a fortiori* de l'article 1242, car un créancier

1. Voy. Pothier, *Contrat de vente*, n° 557.
2. Voy. Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 433, texte et note 33, — Douai 23 février 1886, *Jurisprudence de Douai*, 1886, p. 95, — trib. de Chambéry 28 mai 1890, *France judiciaire*, 1890.II.251, — Pau 1er décembre 1891, D. P. 1893.II.47.
3. *Les contrats et les obligations*, p. 479. — Cpr. *suprà*, n° 364.
4. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 24 et 25.

qui ne peut plus se faire payer peut encore moins détruire sa créance ou l'aliéner.

369. En elles-mêmes, ces règles sont simples. Seulement, pour en fixer exactement la portée, il faut tenir compte de quatre observations complémentaires.

a) La saisie-arrêt ne produit les effets signalés qu'au regard et au profit du saisissant, et jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû, ou, comme on a coutume de dire, jusqu'à concurrence des causes de la saisie (article 559 C. proc. civ.). Malgré la saisie, le tiers saisi peut, quant au surplus des causes de la saisie-arrêt, se libérer aux mains du saisi, et celui-ci peut disposer de sa créance [1].

b) Quoiqu'une saisie ait été pratiquée, comme elle ne vaut que jusqu'à concurrence de ce qui est dû au saisissant, les autres créanciers peuvent saisir à leur tour, chacun à concurrence de ce qui lui est dû. Ces saisies nouvelles, survenant à la suite d'une première saisie, sont ce qu'on appelle plus spécialement les oppositions (article 575 C. proc. civ.). Elles peuvent être formées jusqu'au paiement, ou jusqu'au jugement de validité de saisie qui arrête et fixe la situation.

c) S'il y a plusieurs saisissants ou opposants, l'ordre dans lequel les saisies ou oppositions ont été faites n'établit aucune préférence entre les saisissants. Ils viennent à la contribution, sur les sommes arrêtées, suivant les règles du droit commun, c'est-à-dire au marc le franc, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes de préférence.

d) Lorsqu'une créance a été saisie-arrêtée, une cession de cette créance ne peut plus être utilement signifiée au débiteur ou acceptée par lui au détriment des créanciers qui ont pratiqué la saisie. Mais la notification ou l'acceptation de la cession peut valablement intervenir au regard des saisissants ultérieurs; car, en ce qui les concerne et au-delà des causes de la saisie, les choses sont encore entières. Même au regard des saisissants antérieurs, si la cession ne peut être ni signifiée ni acceptée, le cessionnaire peut au moins saisir à son tour la créance, comme créancier du saisi; en effet, il est créancier du saisi, son cédant, puisqu'il a contre lui, comme acheteur de la créance, l'action en déli-

1. *Les contrats et les obligations*, p. 479.

vrance et éventuellement l'action en garantie. Or la signification de la cession équivaut à une saisie-arrêt, puisqu'elle vaut défense au cédé de payer au cédant. Donc la saisie-arrêt ne rend pas impossible une signification ultérieure de la cession ; seulement cette signification n'est plus qu'une opposition et ne vaut que comme telle.

370. Si l'on tient compte de ces diverses observations, deux conséquences se dégagent. D'abord, une créance, à un moment donné, peut se trouver à la fois saisie-arrêtée et cédée. En second lieu, il peut y avoir, à propos de cette créance, d'une part plusieurs saisissants, ayant entre eux, comme tels, des droits égaux, — d'autre part, un cessionnaire, primé par un ou plusieurs saisissants antérieurs, et primant des saisissants postérieurs.

De là des conflits possibles, dont la solution ne laisse pas d'être embarrassante.

Envisageons successivement deux hypothèses.

371. La première est simple. *Primus* est créancier de quarante mille francs, et doit dix mille francs à *Secundus*. Celui-ci saisit-arrête la créance.

Si les choses ne se compliquent pas davantage, *Secundus* aura dix mille francs et *Primus* trente mille.

Mais voici que *Primus* cède sa créance de quarante mille francs à *Tertius*, et celui-ci signifie la cession au débiteur. La cession est valable pour les trente mille francs non saisis ; car la saisie-arrêt n'a rendu la créance indisponible que jusqu'à concurrence de dix mille francs. *Tertius*, cessionnaire, aura donc droit, comme acheteur, à quarante mille francs. La saisie lui étant opposable, il ne touche, en qualité d'acheteur, que trente mille francs. Seulement la signification de sa cession vaut opposition pour les dix mille francs qui lui manquent. Par conséquent, sur les dix mille francs arrêtés, comme les saisissants ont des droits égaux, le cessionnaire, dont la signification vaut opposition, a droit concurremment avec les saisissants ; ils ont droit chacun à la moitié. En fin de compte, le saisissant aura cinq mille francs, soit la moitié de ce qui lui était dû ; puis le cessionnaire aura trente-cinq mille francs, soit trente mille comme cessionnaire, et cinq mille comme saisissant [1].

372. La seconde hypothèse est plus compliquée. Essayons

1. Garsonnet, *Traité théorique et pratique*, 1re édition, III, p. 808 et suiv.

de la bien comprendre. Et prenons comme point de départ l'hypothèse précédente.

Après que *Tertius* a signifié la cession faite à son profit, un autre créancier pratique une saisie-arrêt pour une somme de dix mille francs. Ainsi, il y a créance de quarante mille francs, saisie pour dix mille, cession de la créance, puis une autre saisie pour dix mille francs. Le conflit apparaît dans toute sa difficulté ; la cession s'intercale entre les deux saisies : la première à laquelle elle n'est pas opposable, ou du moins au regard de laquelle elle ne vaut que comme opposition, — la seconde à laquelle elle est opposable comme cession. Par conséquent, sur les vingt mille francs saisis, il y a trois saisissants à droits égaux : le premier saisissant, puis le cessionnaire dont la signification vaut opposition, enfin le deuxième saisissant ; avec cette complication que le cessionnaire, qui n'est qu'un opposant au regard du premier saisissant, reste un véritable cessionnaire au regard du deuxième saisissant.

Comment se fera le règlement ?

La question n'est pas seulement délicate. On peut dire qu'elle est insoluble ; car il faudrait, pour la résoudre, tenir compte à la fois de deux points de vue qui sont inconciliables.

En droit, la signification d'une cession de créance vaut saisie-arrêt ; elle emporte défense pour le débiteur de se libérer. En droit encore, tous les saisissants, quelle que soit la date des saisies, viennent au marc le franc sur les sommes saisies-arrêtées ; la priorité de saisie ne constitue pas un privilège. Donc tous les créanciers saisissants, quelle que soit la date des saisies, viennent au marc le franc sur les sommes saisies-arrêtées ; par suite, les deux saisissants et le cessionnaire, dans notre espèce, ont des droits égaux. La preuve en est dans les articles 575 et 579 du Code de procédure.

En fait, dans notre espèce, le premier saisissant a un droit opposable au cessionnaire. Le second saisissant a un droit qui n'est pas opposable au cessionnaire. La cession se trouve entre les deux.

Le point de vue du droit est donc contradictoire avec le point de vue du fait. Dès lors, les droits en présence sont inconciliables. Et c'est ce qui nous a fait dire que la question est insoluble.

Même en se plaçant au point de vue législatif, on serait fort embarrassé de dire quelle combinaison mérite la préférence, comme étant la plus équitable. Peut-être est-ce pour cette raison que le législateur n'a jamais réglé la question.

En tout cas, la difficulté est inextricable au point de vue de l'interprétation des textes. Et la meilleure preuve est le nombre même des systèmes qui ont été proposés. Nous n'entrerons pas dans l'examen de ces systèmes; on ne les suit que la plume à la main, en traduisant par des chiffres les résultats qu'ils donnent, et c'est une étude d'application qui ne serait point à sa place ici. Un exposé complet et très clair en a été fait dans une note insérée au Recueil de Dalloz, sous un arrêt de la Cour de cassation en date du 8 juin 1852 [1].

Voici la solution qui semble prévaloir dans la pratique. Elle a été consacrée par la Cour de cassation, notamment dans l'arrêt du 8 juin 1852, lequel est considéré comme faisant jurisprudence [2].

A *Tertius*, cessionnaire, on alloue provisoirement les trente-cinq mille francs, comme dans la première hypothèse, c'est-à-dire comme s'il n'était en concours qu'avec le premier saisissant. Celui-ci, au lieu de garder les cinq mille francs à lui attribués, les partage avec le saisissant postérieur, ce qui fait deux mille cinq cents francs pour chacun; en effet, comme saisissants, ils sont sur le pied d'égalité. Mais le premier saisissant se retourne contre le cessionnaire, qui ne peut lui nuire comme tel, puisque la cession ne lui est pas opposable, et il lui réclame pareille somme, sauf au cessionnaire à recourir contre le cédant, c'est-à-dire contre le saisi, recours probablement illusoire. Le premier saisissant aura cinq mille francs, — le cessionnaire aura trente-deux mille cinq cents francs, dont trente mille comme cessionnaire et deux mille cinq cents comme opposant, — enfin le second saisissant aura deux mille cinq cents francs. Les deux saisissants et le cessionnaire sont provisoirement mis sur la même ligne et viennent en concours sur le montant de la somme saisie;

1. D. P. 1853.I.168.
2. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 25. — Cpr Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure*, 1re édition, III, p. 812 et suiv., — la note de M. Tissier dans Sir. 1899.1.401, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, nos 853 et suiv., — et Fraissaingea, *Une nouvelle jurisprudence sur le conflit du cessionnaire de créance et des créanciers saisissants*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1906, p. 487 et suiv.

seulement, le premier saisissant, dont le droit prime celui du cessionnaire, reprend sur celui-ci une somme égale à celle que lui enlève ce concours avec lui.

On prétend que tout le monde, dans ces conditions, doit être satisfait. Le premier saisissant, dit-on, a tout ce qui devait lui revenir ; et cela est exact. Le deuxième saisissant, ajoute-t-on, a sa part dans la somme saisie-arrêtée ; et cela est encore exact. Enfin le cessionnaire, continue-t-on, a toute la somme arrêtée disponible, sauf la portion que lui enlève le premier saisissant, dont le droit l'emporte sur le sien. Mais il y a erreur sur ce dernier point. Le cessionnaire est sacrifié. En effet, il ne devrait rien avoir à démêler avec le deuxième saisissant ; or c'est sur le cessionnaire qu'on prend, en dernière analyse, ce qui revient au deuxième saisissant, puisque le cessionnaire rembourse au saisissant antérieur la part que fait perdre à celui-ci le concours du deuxième saisissant.

La critique est facile. Le problème est aussi impossible à résoudre que celui de la quadrature du cercle. Le point de vue le plus exact est encore celui qui met tous les intéressés sur la même ligne. Vainement le premier saisissant essaierait-il de prétendre que la cession ne lui est pas opposable ; ce n'est pas comme cessionnaire, mais comme créancier saisissant que le cessionnaire intervient dans le conflit.

373. Quoi qu'il en soit de cette question célèbre, qui n'est qu'une question de détail, la portée de l'article 1690 est nette. Elle se résume dans les deux idées déjà énoncées et qu'il est bon de rappeler en terminant.

1° Entre le cédant et le cessionnaire, la cession est parfaite dès qu'il y a accord sur la chose et sur le prix.

2° Le cessionnaire n'acquiert un droit opposable aux tiers que quand la cession a été signifiée au cédé ou acceptée par lui. Et il faut entendre par tiers : le cédé, les autres cessionnaires, les créanciers gagistes et les créanciers chirographaires saisissants.

374. Tel est le droit commun en matière de cession de créances. Mais il comporte de nombreuses et importantes exceptions, qu'il faut maintenant signaler.

Elles sont au nombre de cinq.

Première exception.

375. La première, de beaucoup la plus large, concerne les créances qui se produisent sous la forme de titres à ordre, transmissibles par endossement. L'article 1690 n'est pas applicable à ces créances.

376. Voici comment le système s'est formé. Les origines du système en indiquent la portée.

L'usage de la clause à ordre s'est répandu dans la pratique au XVIIe siècle[1]. Jusque-là, les dispositions que reproduisent les articles 1690 et suivants avaient formé le droit commun et même le droit exclusif ; elles étaient applicables aux créances civiles et commerciales, même aux effets de commerce ; dans tous les cas, le cessionnaire n'acquérait un droit opposable aux tiers que par la signification ou l'acceptation.

La clause à ordre et, comme conséquence, le transfert par voie d'endossement, furent admis d'abord dans les effets de commerce. L'ordre fut employé comme un expédient, en vue d'éviter les procurations que le preneur de l'effet était obligé de donner pour en faire toucher le montant par un tiers. Au lieu de donner une procuration, il endosse le titre. C'est l'endossement irrégulier d'aujourd'hui, qui, aux termes de l'article 138 du Code de commerce, vaut comme procuration[2].

Plus tard, on vit dans la clause à ordre un moyen de faciliter le commerce des lettres de change. Le créancier y puise le droit de se substituer au cessionnaire, qui prend le nom d'endossataire, par simple mention au dos de l'effet, c'est-à-dire par endossement. C'est l'endossement régulier d'aujourd'hui, qui, aux termes de l'article 137 du Code de commerce, transfère la propriété de l'effet[3].

Les titres sont désormais de deux sortes.

1° Les titres à personne dénommée, dont le transport reste soumis au droit commun de la cession de créance (article 1690).

1. Voy. Nouguier, *Lettre de change*, I, n° 587, — Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 2e édition, IV, p. 10 et suiv.— et la note de M. Ch. Beudant dans D. P. 1878. 1.241.

2. Voy. Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, p. 106 et suiv., — et Thaller, *Traité élémentaire*, 3e édition, p. 713 et suiv.

3. Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, p. 85 et suiv., — Thaller, *loc. cit.*, p. 698 et suiv.

2° Les titres à ordre, dont le transport s'effectue par voie d'endossement. Or l'endossement transfère d'une manière absolue le droit cédé au cessionnaire, non seulement à l'égard du cédant, mais même à l'égard des tiers, notamment à l'égard du débiteur cédé, indépendamment de toute signification ou acceptation. C'est en le comprenant ainsi que l'ordonnance de 1673 consacra la clause à ordre et que le Code de commerce l'admit à son tour.

La catégorie des effets négociables par ce procédé comprend aujourd'hui : 1° la lettre de change (articles 110 et 136 C. com.), — 2° le billet à ordre (article 187 C. com.), — 3° le connaissement (article 281 C. com.), — 4° le billet de grosse (article 313 C. com.), — 5° le chèque (loi du 14 juin 1865, article 1), — 6° les récépissés et warrants des magasins généraux (loi du 28 mai 1858, article 3), — 7° les lettres de voiture (article 101 C. com.)[1], — 8° les factures acceptées (article 109 C. com.)[2], — 9° les warrants agricoles (lois du 18 juillet 1898 et du 30 avril 1906)[3].

1. Voy. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 2e édition, III, p. 414.

2. Voy. Thaller, *loc. cit.*, n° 1056.

3. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 133 et 134, 145 à 166, 167, 171, 173, 174 et 290.

Depuis que nous avons présenté le commentaire de la loi du 18 juillet 1898 dans le volume dont le titre précède, la législation des warrants agricoles a été profondément modifiée par la loi du 30 avril 1906. Il serait hors de propos d'en présenter ici l'explication détaillée (voy. le rapport présenté à la Chambre des députés, dans la séance du 28 juin 1904, par M. Chaigne, *Documents parlementaires*, Chambre des députés, session ordinaire de 1905, p. 1798, — le rapport présenté au Sénat, dans la séance du 8 mars 1906, par M. Louis Legrand, *Documents parlementaires*, Sénat, session ordinaire de 1906, p. 221, — et le rapport présenté à la Chambre des députés, dans la séance du 6 avril 1906, par M. Chaigne, *Documents parlementaires*, Chambre des députés, session ordinaire de 1906, p. 420). Mais nous ne saurions la mentionner sans dresser le catalogue sommaire des principales innovations qu'elle a introduites.

En la forme, la loi de 1906 abroge la loi de 1898 (article 19 de 1906). Les dispositions de 1898 qui ne sont pas écartées sont reproduites par la loi nouvelle, laquelle, par conséquent, se suffit à elle-même.

Quant au fond, la loi de 1906 a été faite pour rendre l'institution des warrants agricoles plus souple, plus pratique, et pour faciliter ainsi le développement du crédit agricole (*Les sûretés*, *loc. cit.*, p. 145 à 148). L'attention doit être appelée particulièrement sur les points suivants.

I. La loi de 1906, comblant une lacune de la loi précédente (*loc. cit.*, p. 150, note 3), dit expressément que le warrant agricole est un titre à ordre et règle les formes de l'endossement (article 10). Puis l'article 11 indique par le menu : 1° les devoirs à remplir par le porteur du warrant à l'échéance, — 2° les formes à suivre pour la réalisation du gage (cpr. *loc. cit*, p. 153).

II. La loi de 1906 élargit notablement le champ d'application du warrantage agricole. D'abord, elle supprime l'énumération limitative, donnée par la loi

377. Entre ces titres à ordre et les titres à personne dénommée, la différence ne réside pas seulement dans la forme. Elle existe également au fond.

de 1896, des produits susceptibles de warrantage (*loc. cit.*, p. 133, 154 et 155) ; désormais, aux termes de l'article 1 alinéa 1, tous les produits qui ne sont pas immeubles par destination et même les animaux peuvent être warrantés. D'autre part, l'article 1 alinéa 2 autorise les sociétés coopératives agricoles à warranter les produits dont elles sont devenues propriétaires. Enfin l'article 18 étend le bénéfice de la loi aux ostréiculteurs.

III. Les règles relatives aux formes à suivre pour la constitution du warrant (*loc. cit.*, p. 134, 149 et 150) sont entièrement modifiées. La loi de 1906 autorise les parties à procéder de deux manières. En premier lieu, aux termes de l'article 3, le warrant peut être établi par le greffier de la justice de paix, qui même est autorisé à le signer pour le compte du constituant si celui-ci ne sait pas signer ; puis le warrant est remis au créancier gagiste, après avoir été transcrit par le greffier sur un registre *ad hoc*. En second lieu, aux termes de l'article 4, le warrant peut « être établi, entre les parties, « sans l'observation des formalités ci-dessus prescrites ». L'article ajoute : « En ce cas, d'une part, il n'est opposable aux tiers qu'après sa transcription « au greffe de la justice de paix, conformément à l'article 3 qui précède, et, « d'autre part, il ne prime les privilèges, soit du bailleur, soit du dépositaire « des produits warrantés et des propriétaires des locaux où est effectué le « dépôt, que si les avis ou consentements prévus par les articles précédents ont « été donnés. »

L'expérience avait démontré que les emprunteurs sur warrant étaient gênés par la nécessité de se transporter au chef-lieu du canton, souvent éloigné de leur résidence, pour faire établir le warrant par le greffier de la justice de paix. Désormais, ils pourront établir le warrant sans se déplacer, laissant au prêteur le soin d'en assurer la publicité afin de le rendre opposable aux tiers ; et le prêteur, qui sera le plus souvent un banquier, un capitaliste de la ville voisine, n'éprouvera aucune gêne à se rendre au greffe de la justice de paix.

IV. Le législateur de 1906 a procédé à une refonte complète des règles relatives aux conditions sous lesquelles le créancier bénéficiaire du warrant peut opposer son droit au propriétaire ou usufruitier du fonds, dans l'hypothèse où l'agriculteur créant le warrant est un fermier.

Nous avons dit que la loi de 1898 a pris des précautions minutieuses, et non pas toujours très heureusement conçues, pour sauvegarder, dans cette hypothèse, l'efficacité du privilège appartenant au bailleur (*Les sûretés*, *loc. cit.*, p. 156 à 164). La loi nouvelle a introduit, dans cet ordre d'idées, diverses innovations tout à fait dignes d'être approuvées. Elle maintient la règle (*loc. cit.*, p. 159 et suiv.) en vertu de laquelle un fermier ne peut warranter les produits de sa ferme qu'avec l'assentiment du bailleur, sous peine de nullité du warrant (article 2 alinéas 1, 2 et 3). Toutefois, elle autorise la constitution du warrant sans aucun avertissement adressé au bailleur et sans aucune autorisation donnée par lui, sous cette double réserve : 1° que le bénéficiaire du warrant y consente, — 2° que les droits du porteur, dans ce cas, ne sont pas opposables au bailleur, à moins qu'il ne déclare après coup renoncer à son privilège au profit du porteur (article 2 alinéas 4 et 5).

Il faut ajouter que la loi subordonne la faculté qu'elle ouvre ainsi à une condition : « sous la condition que l'emprunteur devra conserver la garde des « produits warrantés dans les bâtiments ou sur les terres de l'exploitation ». Il est difficile de découvrir la raison d'être de cette restriction. En effet, on n'aperçoit pas en quoi l'absence de cette restriction compromettrait les droits du bailleur ; nous verrons même que le législateur de 1906 a considéré le

Le signataire de l'effet, le débiteur, est regardé comme obligé directement envers le porteur, quel qu'il soit, lors de l'échéance, envers l'endossataire. Dès lors, le cession-

dépôt des objets warrantés dans des mains autres que celles que l'emprunteur comme devant augmenter la sécurité du bailleur, ce qui rend malaisément explicable la restriction qui nous occupe.

V. Les articles 6 et 7 de la loi de 1906 limitent d'une manière notable l'efficacité du warrant à l'égard des tiers. Sous l'empire de la loi de 1898, le warrant régulièrement créé et inscrit demeurait opposable aux tiers tant que l'inscription n'avait pas été radiée, à la suite soit d'un remboursement, soit d'une mainlevée (*loc. cit.*, p. 151). Désormais, toute inscription de warrant « sera radiée d'office après cinq ans, dit l'article 7, si elle n'a pas été renouve- « lée avant l'expiration de ce délai ; si elle est inscrite à nouveau après la ra- « diation d'office, elle ne vaudra à l'égard des tiers que du jour de la nouvelle « date ». Cette péremption quinquennale a été établie à l'imitation de la péremption décennale établie par l'article 2154 en matière hypothécaire (voy. *Les sûretés*, tome II, p. 231 et suiv.) ; et la péremption s'explique de la même manière dans les deux cas : par la crainte que les parties négligent de provoquer la radiation des inscriptions devenues sans objet, et qu'il subsiste ainsi des inscriptions dépourvues d'utilité, au grand détriment du crédit (*Les sûretés*, tome II, p. 232 et 233).

VI. L'alinéa 1 de l'article 8 a été rédigé pour couper court aux hésitations qui s'étaient produites, sous l'empire de la loi de 1898, sur le point de savoir si l'emprunteur sur warrant peut vendre la chose warrantée et si, dans ce cas, le porteur du warrant est armé du droit de suite. L'affirmative était généralement admise, avec ce correctif que le porteur du warrant pouvait se voir opposer le principe de l'article 2279 lorsque l'acheteur avait été mis en possession et avait payé son prix. Il y avait là une cause redoutable d'insécurité pour le gage résultant du warrant. Et c'est à quoi précisément le législateur de 1906 a voulu parer : « L'emprunteur, dit l'alinéa 1 de l'article 8, con- « serve le droit de vendre les produits warrantés à l'amiable et avant le paie- « ment de la créance, même sans le concours du prêteur ; mais la tradition à « l'acquéreur ne peut être opérée que lorsque le créancier a été désintéressé. » Est-ce à dire que la tradition faite au mépris de cette prohibition puisse être considérée comme inopérante à l'égard du porteur de warrant et au point de vue de l'application de l'article 2279 ? Les travaux préparatoires semblent établir qu'il n'en est rien (voy. le premier rapport de M. Chaigne), et que la violation de la prohibition légale a pour unique effet de rendre le vendeur passible des peines portées par l'article 14 ; le législateur a pensé que la crainte de ces peines suffirait à détourner le vendeur de compromettre par une tradition anticipée le gage du porteur.

VII. La loi de 1898 (articles 1 *in fine* et 13) faisait à l'emprunteur sur warrant une obligation de conserver la chose warrantée sous sa garde, sans indemnité et sous la menace de peines dans certains cas (voy. *Les sûretés*, *loc. cit.*, p. 167). Le législateur de 1906 a pensé que le dépôt entre les mains d'un tiers peut être avantageux pour les deux parties : pour l'emprunteur, qui se trouvera ainsi délivré du souci et de la responsabilité de la garde, et aura le moyen de warranter sa récolte sans être obligé d'en encombrer indéfiniment ses granges, au risque de ne pas pouvoir engranger la récolte suivante, — pour le prêteur, qui pourra trouver plus de sécurité pour la bonne garde des objets warrantés. De là la rédaction nouvelle du premier alinéa de l'article 1 : « Tout agriculteur peut emprunter sur les produits..., soit en en con- « servant la garde dans les bâtiments ou sur les terres de son exploitation, soit « en en confiant le dépôt aux syndicats, comices et sociétés agricoles dont il

naire n'est pas l'ayant-cause du cédant, créancier antérieur ; il est créancier direct et personnel du débiteur, qui a véritablement traité avec lui. D'où il résulte que le cessionnaire est à l'abri de toutes les exceptions qui ne lui sont pas personnelles et qui ne dérivent pas de la nature du titre [1]. C'est ce qui fait que la clause à ordre fortifie grandement le crédit des créances à propos desquelles elle intervient.

Donc, la clause à ordre déroge à l'article 1690 aussi bien au fond qu'en la forme.

378. La question semble aujourd'hui résolue de savoir si cette clause, d'abord restreinte aux effets de commerce et actes assimilés, peut être adaptée aux créances civiles. Cette ques-

« est adhérent, ou à des tiers convenus entre les parties. » L'article 3 alinéa 4 ajoute : « Lorsque les produits warrantés ne restent pas entre les mains de « l'emprunteur lui-même, le dépositaire et le bailleur des lieux où est effectué « le dépôt ne peuvent faire valoir aucun droit de rétention ou de privilège à « l'encontre du bénéficiaire du warrant ou de ses ayants cause. » Enfin l'article 4, prévoyant l'hypothèse d'un warrantage par acte sous seing privé, s'exprime ainsi dans son alinéa 2 : en ce cas, le warrant « ne prime les privi- « lèges, soit du bailleur, soit du dépositaire des produits warrantés et du pro- « priétaire des locaux où est effectué le dépôt, que si les avis ou consente- « ments prévus par les articles précédents ont été donnés ». Le texte parle d'un privilège du dépositaire ; il entend manifestement désigner par là le droit de rétention, dont la parenté avec les privilèges est, d'ailleurs, étroite (voy. *Les sûretés*, tome I, p. 208 et suiv.).

Les innovations qui viennent d'être indiquées sont les plus importantes que la loi nouvelle ait introduites. Sans prétendre faire une analyse complète, signalons encore les trois suivantes.

1° Pour l'établissement d'un warrant par acte authentique, compétence est attribuée au greffier de la justice de paix du canton où se trouvent les objets à warranter (articles 2 alinéa 2, et 3 alinéa 1). Sous l'empire de la loi de 1898, le greffier compétent était celui de la justice de paix du domicile de l'emprunteur (*Les sûretés*, *loc. cit.*, p. 134). Comme il est souvent délicat de déterminer le domicile d'une personne, l'emprunteur pouvait warranter plusieurs fois le même objet dans des lieux différents, sans que les prêteurs pussent facilement déjouer la fraude ; et c'est pour couper court à ces fraudes que la compétence a été changée. Si l'emprunteur est une société coopérative agricole, le greffier, aux termes de l'article 2 alinéa 2, est celui du canton du siège légal de la société ; car alors aucune fraude du genre de celle que nous venons de signaler ne peut plus être redoutée.

2° L'article 14, relatif aux sanctions pénales, se préoccupe de la même éventualité : « Tout emprunteur convaincu d'avoir fait une fausse déclaration « ou d'avoir constitué un warrant sur des produits déjà warrantés, sans avis « préalable donné au nouveau prêteur... sera poursuivi.... » Le même article met le dépositaire des objets warrantés sur la même ligne que l'emprunteur au point de vue des peines en cas de détournement, dissipation, etc.

3° L'article 16 alinéa 2 se préoccupe d'abaisser le tarif des droits de greffe à percevoir. Le législateur a espéré que ce dégrèvement inciterait les agriculteurs à faire plus souvent usage du warrantage.

1. Voy. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 2e édition, IV, n° 130, p. 96.

tion revient à savoir si l'article 1690 est d'ordre public, de telle sorte qu'il ne puisse y être dérogé par la clause à ordre que dans les cas où la loi autorise formellement cette dérogation, ou bien si ce texte est d'ordre purement privé, de telle sorte qu'il puisse y être librement dérogé dans tous les cas par la convention des parties.

Pendant longtemps, la pratique a été incertaine. La jurisprudence des Cours d'appel penchait à voir dans l'article 1690 une règle d'ordre public, lorsque sont survenus deux arrêts de la Chambre civile du 8 mai 1878[1] et du 7 mai 1879[2]. Aux termes de ces deux arrêts, la clause à ordre n'a rien de spécial aux effets de commerce et rentre dans le domaine des conventions libres ; elle peut être insérée, avec ses conséquences naturelles, dans un titre quelconque, et a pour effet, quelle que soit la nature de l'obligation, de rendre l'article 1690 inapplicable[3].

Ces deux arrêts ont ouvert une large brèche dans le droit commun de la cession de créance, brèche par laquelle l'article 1690 pourrait bien finir par disparaître tout entier.

Et cette jurisprudence peut être considérée comme définitive[4], car elle est absolument correcte au point de vue du droit. Il est exact que l'article 1690 est d'ordre privé. L'évolution générale de la doctrine en fait foi.

En droit romain, la créance ne peut être cédée que du consentement du débiteur. On considère qu'il s'est lié envers une personne déterminée et qu'il ne peut être lié vis-à-vis d'une autre que de son propre consentement[5].

Dans l'ancien droit français, on regarde le débiteur comme autorisant le créancier à céder et ne se réservant que le droit d'être informé[6]. C'est de cette conception que procèdent les articles 1690 et suivants.

Dès lors, toutes les restrictions apportées au droit du créancier reposent sur une interprétation de la volonté du débiteur, ce qui est caractéristique des règles d'intérêt privé.

1. D. P. 1878.I.241 (note de M. Ch. Beudant), Sir. 1878.I.292.
2. D. P. 1879.I.307, Sir. 1879.I.421.
3. Voy. sur l'endossement des polices d'assurance sur la vie : trib. de com. de la Seine 9 janvier 1893, *Pandectes françaises périodiques*, 1894.II.337 (note de M. Lefort).
4. Voy. Cass. 15 mars 1892, D. P. 1893.I.309, *Pandectes françaises périodiques*, 1893.I.73.
5. Voy. *suprà*, p. 253.
6. *Ibid.*, p. 254.

D'ailleurs, la clause à ordre a été moins une innovation qu'une application ingénieuse du droit commun. On admet que l'acceptation du débiteur équivaut à la signification; mais rien ne limite le temps pendant lequel la formalité peut être remplie : elle peut l'être après la cession, et peut l'être aussi par anticipation. Or la clause à ordre, quand le débiteur l'a admise, n'est pas autre chose qu'une acceptation anticipée des cessions que le créancier fera de sa créance ; le débiteur, en acceptant que le titre soit à ordre, se lie vis-à-vis de la personne qui sera titulaire à l'époque de l'échéance, et se regarde d'avance comme ayant reçu signification du transport ou comme ayant accepté le transport. La convention intervenue écarte l'application de l'article 1690.

Par ce moyen, les créances civiles sous forme de titres à ordre participent au crédit des effets de commerce. La transmission qui en est faite entraîne tous les effets qu'il est dans la nature de l'endossement de produire.

De là les trois conséquences suivantes.

1° La cession est opposable aux tiers, notamment au débiteur cédé, à la date de l'endossement, indépendamment de toute signification ou acceptation.

2° Le cessionnaire est à l'abri de toutes les exceptions qui ne lui sont pas personnelles et qui ne résultent pas de la nature du titre.

3° Le débiteur ne peut payer qu'au porteur et sur présentation du titre [1].

Assurément, les auteurs du Code civil n'ont pas entrevu, en rédigeant les articles 1690 et 1691, la brèche qu'allait y faire l'emploi de la clause à ordre en matière civile. Mais il importe peu que leurs prévisions ne se soient pas portées de ce côté, du moment que l'extension de l'endossement aux créances civiles découle des principes qui constituent la théorie même de l'ordre.

Deuxième exception.

879. L'article 1690 cesse d'être applicable quand le droit de créance est constaté par un titre au porteur. La créance, alors, se confond avec le titre qui la constate ; la cession de la créance se confond avec la remise de ce titre ; le vrai créan-

1. Voy. d'autres conséquences dans la note déjà citée de M. Ch. Beudant, dans D. P. 1878.I.241.

cier est le porteur, et c'est l'avantage en même temps que le péril des titres au porteur.

Il n'y a pas à craindre qu'un créancier abuse au détriment des tiers ; dès que le droit est inhérent à la possession du titre, nul ne peut être trompé par une personne qui se prétendrait créancière sans l'être. L'article 1690, qui n'est qu'une précaution prise contre les cessions frauduleuses, cesse d'être applicable ; il n'est applicable qu'aux créances à personne dénommée.

Ce n'est pas à dire qu'aucune déception ne puisse attendre les acquéreurs de titres au porteur. Mais les déceptions qui restent possibles ne tiennent pas au mécanisme de la cession de créance ; elles tiennent à l'admission du droit de suite en ce qui concerne les titres au porteur, au cas de perte ou de vol : l'acquéreur du titre peut être évincé par le vrai propriétaire. Toutefois, les lois du 15 juin 1872 et du 8 février 1902, qui règlent les conditions d'exercice du droit de suite en matière de titres au porteur, établissent certaines formalités qui suffisent à protéger les acquéreurs vigilants [1].

Troisième exception

380. L'article 1690 n'est pas applicable aux obligations et actions des compagnies, lorsque ces obligations et actions sont négociables, c'est-à-dire transmissibles par les modes commerciaux. On oppose les obligations et actions négociables à celles qu'on dit cessibles, ce qui signifie transmissibles par les modes civils [2].

Si les obligations et actions sont nominatives et à ordre, l'hypothèse rentre dans la première exception. Si elles sont au porteur, elle rentre dans la deuxième exception. Si elles sont nominatives sans être à ordre, elles se transmettent par des déclarations sur les registres de transfert.

Nous avons indiqué précédemment quelles sont les conditions requises pour que les actions des sociétés soient négociables [3]. Tant que ces conditions ne sont pas remplies, les actions sont cessibles dans les termes de l'article 1690, ce qui

1. Voy. sur ces deux lois Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, p. 570 et suiv. — Cpr. Paul Magnin, *Commentaire de la loi du 8 février 1902*, dans les *Lois nouvelles* du 1er novembre 1902.
2. *Suprà*, p. 57, texte et notes 3 et 4.
3. *Ibid.*, p. 57.

veut dire que la cession doit être signifiée à la compagnie ou acceptée par elle.

Quatrième exception.

381. L'article 1690 n'est pas applicable aux rentes nominatives sur l'Etat, qui sont, en définitive, des créances sur l'Etat. Ces rentes se transmettent par une inscription sur les registres du Trésor (décret du 13 thermidor an XIII)[1].

Cinquième exception.

382. Il existe une disposition spéciale en ce qui concerne la cession de la créance du bailleur contre le preneur, lorsque cette créance a pour objet des loyers ou fermages non échus et lorsque la cession est faite pour plus de trois ans. La cession n'est opposable aux tiers ayant acquis et régulièrement conservé des droits réels sur l'immeuble que par la transcription (loi de 1855, articles 2-5° et 3). L'article 1690 n'est pas écarté, mais il doit être combiné avec la loi de 1855. Le cessionnaire doit signifier la cession au locataire ou fermier, c'est-à-dire au débiteur, ou obtenir son acceptation[2] ; de plus, pour avoir un droit opposable aux personnes qui viendraient à acquérir un droit réel sur l'immeuble, notamment aux acheteurs, il doit avoir fait transcrire l'acte de cession[3].

II. Quels sont les effets que produit la cession de créance ?

383. Quelques indications brèves suffiront à cet égard. Car les effets de la cession de créance sont, d'une façon générale, ceux de la vente ordinaire.

Ils sont au nombre de trois.

Premier effet.

384. La cession opère la transmission du droit cédé. Entre les parties, la transmission s'effectue dès qu'il y a accord sur la chose et sur le prix ; à l'égard des tiers, elle s'effectue par l'une des deux formalités de la signification ou de l'acceptation (article 1690).

1. Voy. Dalloz, *Répertoire*, v° *Trésor public*, n°s 1195 et suiv.
2. Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 787.
3. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 301. — *Les contrats et les obligations*, p. 214.

Le droit cédé passe au cessionnaire tel qu'il est et se comporte. De là deux conséquences.

1° Quand la cession a été faite conformément à l'article 1690, ou bien par endossement si la créance est à ordre, ou bien par la remise du titre si ce dernier est au porteur, le cessionnaire a droit à la valeur nominale de la créance, quel qu'ait été le prix de la cession.

2° Il a droit aux accessoires de la créance : « La vente « ou cession d'une créance comprend les accessoires de la « créance, tels que caution, privilège et hypothèque », dit l'article 1692, qui n'est qu'une application de l'article 1615 [1].

En conséquence, le cessionnaire a droit aux intérêts échus.

Il a droit, en outre, aux garanties de paiement. La cession de la créance vaut cession des sûretés soit réelles, soit personnelles qui l'accompagnent ; la cession de créance est un mode de cession des privilèges et hypothèques [2].

Il a droit, enfin, aux actions qu'avait le cédant, du moins à celles qui tenaient à la nature de la créance. Le cessionnaire d'une créance de vendeur a l'exercice de l'action résolutoire et de l'action en rescision pour lésion s'il y a lieu [3].

En un mot, la créance passe du cédant au cessionnaire *cum omni causa sua.*

Il y a cependant quelques restrictions à faire, notamment les deux suivantes.

1° Quand il s'agit de créances constatées par des titres à ordre, le débiteur s'est lié par anticipation et directement envers celui qui sera porteur à l'époque de l'échéance. Par conséquent, il ne peut opposer au cessionnaire que les exceptions qui sont personnelles à celui-ci ou qui dérivent de la nature des titres [4].

2° Quand il s'agit d'actions d'une société, une foule de questions s'élèvent sur le point de savoir dans quelle mesure l'acquéreur succède au cédant. Cette matière relève du droit commercial, auquel nous nous bornons à renvoyer [5].

1. Voy. *suprà*, p. 116 et 117.

2. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 256.

3. Cpr. Aubry et Rau, IV, § 359 bis, texte et note 49, p. 439, — Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 138 bis I, — Guillouard, *Vente*, 2e édition, II, n° 819, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 812.

4. Voy. *suprà*, p. 275, — et la note déjà citée de M. Ch. Beudant sous Cass. 8 mai 1878, D. P. 1878.I.241.

5. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 2e édition, II, nos 604 et suiv., — Thaller, *Traité élémentaire*, 3e édition, nos 601 et suiv., 892 et suiv.

Deuxième effet.

385. La cession met la chose aux risques de l'acquéreur. Il n'y a rien de spécial à signaler à cet égard [1].

Troisième effet.

386. La cession de créance impose des obligations réciproques aux deux parties. Ces obligations sont celles qui résultent de la vente en général, sauf deux particularités.

PREMIÈRE PARTICULARITÉ.

387. Elle est relative à la délivrance, qui est une des obligations du vendeur. L'article 1689 dit à ce propos : « Dans le « transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur « un tiers, la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre. »

Ce texte est inutile, car il n'est que l'application de l'article 1607 [2]. De plus, il est malencontreux ; car il expose à une méprise et il est incomplet.

Il expose à une méprise. En effet, étant donné la place qu'il occupe, immédiatement avant l'article 1690, il apparaît manifestement comme voulant dire que la cession est parfaite entre le cédant et le cessionnaire par le seul consentement des parties. Alors pourquoi parle-t-il de la remise du titre ? Autre chose est le droit cédé, le *jus obligationis*, qui est une *res incorporalis*, autre chose le titre qui constate ce droit et lui sert de preuve. Ce qui fait l'objet de la cession, c'est le droit, non le titre. La remise du titre n'est qu'un mode d'exécution de la cession ; elle n'est nullement nécessaire à la cession elle-même.

En outre, l'article 1689 est incomplet. En effet, l'article 1607 indique, relativement aux choses incorporelles en général [3], deux modes de délivrance : « La tradition des « droits incorporels se fait, ou par la remise des titres, ou par « l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur. » Ce sont les deux formes de la quasi-tradition. Or l'article 1689, spécial à la cession de créance, ne vise que la remise des titres. Faut-il en conclure qu'il exclut la seconde forme de quasi-tradition ? Evidemment non. Il prévoit

1. Voy. *suprà*, n° 161, — *Les contrats et les obligations*, p. 230 et suiv.
2. *Suprà*, p. 114.
3. *Ibid.*

l'hypothèse la plus habituelle : celle où la créance est constatée par écrit ; mais la créance peut exister sans qu'il y ait un titre. La délivrance s'opérera par la remise du titre s'il y en a un, et, à défaut de titre, par l'usage que le cessionnaire fera du droit cédé avec le consentement du cédant. Ce n'est là que l'application du droit commun.

SECONDE PARTICULARITÉ.

388. Elle a trait à la garantie.

D'après le droit commun [1], la garantie due par le vendeur a deux objets : la paisible possession, les vices rédhibitoires (article 1625). Or le droit commun ne reçoit pas, à cet égard, une application complète en matière de cession de créance.

389. La garantie de la possession paisible, en matière de cession de créance, consiste, de la part du cédant, à répondre de l'existence de la créance cédée à l'époque de la cession. Les anciens auteurs appelaient cette garantie la garantie de droit [2], et la locution s'est conservée.

S'il est reconnu que le droit cédé n'existait pas ou n'existait plus, par exemple que la créance avait été éteinte précédemment par compensation, fût-ce à l'insu du créancier, — ou bien si l'on découvre que le droit cédé avait été antérieurement cédé par le créancier à un autre cessionnaire, — ou bien enfin si le droit cédé, bien qu'existant lors de la cession, se trouve disparaître ultérieurement par l'exercice d'une action en nullité ou en rescision, — dans tous ces cas, le cessionnaire n'a pas le droit qu'il croyait avoir, il est évincé, et le cédant doit garantie.

Cette garantie est due de plein droit, indépendamment de toute stipulation. Elle est même de l'essence de la cession : « Celui qui vend une créance ou autre droit incorporel, dit « l'article 1693, doit en garantir l'existence au temps du « transport, quoiqu'il soit fait sans garantie [3]. »

Elle s'étend aux accessoires indiqués comme dépendances de la créance : hypothèque, cautionnement, intérêts échus, etc [4].

Elle oblige le cédant, en cas d'éviction, à restituer : 1° le

1. Voy. *suprà*, p. 118, 127 et suiv., 179 et suiv.
2. Pothier, *De la Vente*, n° 559, — Troplong, *Vente*, II, n° 933,— Duvergier, II, n°s 252 et suiv. — Voy. Aubry et Rau, IV, page 442, texte et note 63.
3. Voy. *suprà*, p. 163, 164 et suiv.
4. *Ibid.*, n° 384.

prix de la cession, — 2° les frais et loyaux coûts du contrat, — 3° les frais de poursuite contre le cédé, ainsi que ceux de l'instance en garantie, — 4° les dommages-intérêts. C'est le droit commun de l'article 1630 [1].

390. Quant aux vices rédhibitoires, on ne les comprend guère en matière de cession de créance, à moins qu'on n'appelle ainsi l'insolvabilité du débiteur cédé.

Or, le cédant ne garantit pas la solvabilité du débiteur. L'insolvabilité du débiteur est un risque inhérent à la créance ; or les risques, dans la vente, d'après le droit commun [2], sont à la charge de l'acheteur, ici à la charge du cessionnaire.

Mais le cédant peut s'engager, par une stipulation particulière, à garantir la solvabilité du débiteur. L'article 1694, qui est une application de l'article 1627, est ainsi conçu : « Les parties peuvent, par des conventions particulières, « ajouter à cette obligation de droit ou en diminuer « l'effet [3]. »

La garantie de la solvabilité, stipulée de la sorte, est celle qu'on appelait autrefois la garantie de fait [4], et la locution s'est perpétuée. De droit, le cédant ne répond que de l'existence de la créance ; il ne répond de la solvabilité du débiteur que par suite d'une clause du contrat.

Encore la clause de garantie de fait, précisément parce qu'elle est exceptionnelle, doit-elle être interprétée restrictivement. De là résultent deux conséquences.

D'abord, la garantie de fait ne s'entend que de la solvabilité au moment de la cession (article 1695), à moins de clause formelle plus large. La clause qui étend la garantie même à la solvabilité future est celle qu'on nomme, dans l'usage, la clause de « fournir et faire valoir » ; le cédant s'engage à faire valoir le droit cédé, c'est-à-dire à procurer le paiement au cessionnaire.

En second lieu, la garantie de la solvabilité, même si elle a été promise, n'oblige le vendeur qu'à restituer le prix

1. *Suprà*, p. 145.
2. *Ibid.*, n° 385.
3. *Ibid.*, p. 163.
4. Pothier, *De la vente*, n° 560, — Troplong, *op. cit.*, II, n° 935, — Duvergier, II, n° 264. — Voy. Guillouard, *Vente*, 2° édition, II, n° 838, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 824.

de la cession, non le montant nominal de la créance (article 1694). Toujours sauf clause contraire et formelle.

391. L'obligation de garantie comporte ainsi trois degrés.

D'abord la garantie de droit. Le cédant ne garantit que l'existence du droit cédé.

Ensuite la garantie de fait. Le cédant peut s'engager à garantir la solvabilité actuelle du débiteur.

Enfin le cédant, au moyen de la clause de « fournir et « faire valoir », peut s'engager à garantir même la solvabilité future.

392. Toutefois ces règles, qui forment le droit commun et qui sont les seules énoncées par le Code civil, comportent une exception notable. Elles ne sont pas applicables aux transports faits par voie d'endossement, si le titre est à ordre.

En matière d'effets de commerce, l'endosseur ou cédant doit, indépendamment de toute stipulation spéciale, la garantie de droit et de fait. Il répond du paiement à l'échéance (article 118 C. com.)[1].

Cette règle était nécessaire au crédit et à la circulation des effets de commerce. Elle tient, en outre, à ce que, dans la pratique commerciale, les cessions par endossement ne se font guère qu'à titre de *datio in solutum* ; recevant un titre en paiement, il faut que le cédant en garantisse le paiement effectif, sous peine de continuer à devoir la somme primitive.

Cela donne un nouvel intérêt à la question de savoir si les créances civiles peuvent être à ordre[2]. Si on l'admet, avec la jurisprudence, il faudra regarder le cédant comme devant la garantie, qui est un effet de l'endossement ; la créance est commercialisée par la forme du titre[3].

§ 3. — La vente d'hérédité.

393. C'est encore une vente soumise à des règles spéciales à raison de son objet.

Les articles 1696 à 1698 y sont consacrés.

394. Comme la cession de créance, la vente d'hérédité est la

1. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 2e édition, IV, nos 71, 132 et suiv., 189, 234.
2. Voy. *suprà*, no 378.
3. Voy. la note déjà citée de M. Ch. Beudant, dans D. P. 1878.I.241.

vente d'une chose incorporelle, d'un droit ; dès lors, d'après la terminologie consacrée par l'usage, c'est plutôt une cession qu'une vente [1]. En effet, l'hérédité, envisagée ici comme objet du contrat, est le droit héréditaire tel qu'il est et se comporte, l'émolument actif et passif afférent à la qualité d'héritier ; autre chose est l'hérédité, *res incorporalis*, autre chose les biens qui la composent. Aussi l'article 1696 est-il ainsi conçu : « Celui qui vend une hérédité sans en spécifier en « détail les objets n'est tenu de garantir que sa qualité d'hé« ritier. » Le texte dit : « Sans en spécifier les objets. » Si les objets étaient spécifiés, ils deviendraient, en tant que corps certains, l'objet de la vente, et celle-ci n'aurait plus pour objet l'hérédité prise comme ensemble.

La vente de l'hérédité entraîne, il est vrai, par voie indirecte, la transmission des biens qui composent cette hérédité. D'où il résulte que l'acheteur d'une hérédité doit, en ce qui concerne chacun des biens qu'elle comprend, observer les prescriptions qui sont applicables à raison de la nature de ces biens. L'hérédité comprend-elle une ou plusieurs créances, l'acheteur de l'hérédité, qui est, comme tel, cessionnaire des créances contenues dans l'hérédité, devra signifier le transfert au débiteur cédé ou obtenir son acceptation (article 1690). Comprend-elle des immeubles, l'acheteur devra faire transcrire son titre, *parte in qua* (loi de 1855). Comprend-elle des meubles corporels, il sera soumis à l'article 1141, lequel pose la règle à suivre pour établir la préférence entre deux acheteurs du même meuble [2].

Toujours est-il que la vente d'hérédité, bien qu'elle entraîne transmission des biens qui composent cette hérédité, a pour objet non pas ces biens, mais le droit héréditaire.

395. Par là s'explique l'article 1696, qui suppose ces distinctions et déduit une conséquence juridique qui en résulte : le vendeur n'est garant que de sa qualité d'héritier.

Il n'a pas cédé sa qualité même d'héritier, car elle est inhérente aux rapports de parenté. Mais il cède l'émolument qui y est attaché. Et c'est pour cela qu'une pareille vente emporte acceptation pure et simple de la succession (article 780).

De là les conséquences suivantes.

Supposons que l'acheteur est évincé de l'un des biens que

1. Voy. *suprà*, p. 10 et 250.
2. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 195 et suiv.

le défunt possédait. L'héritier ne doit pas garantie par cela seul, comme il aurait dû garantie s'il avait vendu le bien lui-même.

Supposons, au contraire, qu'un tiers intente la pétition d'hérédité, revendique la succession et fait juger que la qualité d'héritier lui appartient, soit pour le tout, soit pour partie ; par exemple, c'est un enfant naturel qui réclame sa part. Il y a lieu à garantie, car la chose vendue n'est plus intacte.

Supposons, enfin, que le *de cujus* n'était pas mort lors de la vente. Celle-ci est nulle, car « on ne peut, dit l'article 1600, « vendre la succession d'une personne vivante, même de « son consentement» .Le vendeur doit garantie, car il n'était pas héritier.

396. Il n'en est ainsi, toutefois, que quand il y a eu, au sens propre du mot, vente d'hérédité. Or la cession consentie par un héritier peut se présenter sous trois aspects.

1° L'héritier fait cession de simples prétentions à une hérédité. Cette cession est un contrat aléatoire [2] ; et le cédant ne doit aucune garantie de sa qualité d'héritier.

2° L'héritier fait cession de l'hérédité. Il doit garantie de sa qualité, mais de cette qualité seulement. C'est le cas de l'article 1696.

3° L'héritier fait cession de l'hérédité avec désignation des biens qui la composent. La cession a alors un objet complexe : l'hérédité, spécifiée quant à sa composition. Le vendeur doit garantie de chacun des biens.

Ce sont là, d'ailleurs, des observations de fait plutôt que des déductions juridiques.

397. Les articles 1697 et 1698 énoncent des propositions de même nature

398. D'abord l'article 1697 : « Si le vendeur avait déjà profité « des fruits de quelque fonds, ou reçu le montant de quelque « créance appartenant à cette hérédité, ou vendu quelques « effets de la succession, il est tenu de les rembourser à l'ac- « quéreur, s'il ne les a expressément réservés lors de la « vente. »

La règle est toute simple. La vente comprend l'émolument afférent à la qualité d'héritier, l'émolument retiré

1. *Suprà*, n° 93.
2. *Les contrats et les obligations*, p. 21 et suiv.

comme celui qui reste à retirer, à moins de restrictions apportées à l'effet normal du contrat par la convention. Si le vendeur a aliéné un bien faisant partie de la succession, il doit verser le prix à l'acheteur de l'hérédité ; s'il a recueilli des fruits, il doit les restituer ; s'il a touché une créance, il doit en restituer le montant.

A ce propos se présente la question suivante. En cas de vente par un héritier de ses droits héréditaires, quel est le sort de la portion qui viendrait à lui échoir à titre d'accroissement, par suite de la renonciation d'un cohéritier (article 786) ? Question ancienne [1], qui se ramène, en définitive, à une simple question d'intention. La part du renonçant accroît au cohéritier ; du moment que celui-ci cède sa part, il cède avec elle tout ce qui est appelé à s'y réunir (article 1615) [2]. Mais le contraire peut résulter des circonstances.

399. Passons à l'article 1698 : « L'acquéreur doit, de son « côté, rembourser au vendeur ce que celui-ci a payé pour « les dettes et charges de la succession, et lui faire raison de « tout ce dont il était créancier, s'il n'y a stipulation con- « traire. » Ce texte énonce la même idée que l'article précédent, pour en faire une application inverse. Le vendeur a le droit de se faire rembourser tout ce qu'il a payé ou sera obligé de payer : dettes héréditaires acquittées, puis charges, c'est-à-dire frais funéraires, legs, droits d'enregistrement, etc.

La règle se justifie d'elle-même. La vente n'a pas pour objet la qualité d'héritier, laquelle tient à des rapports de parenté qu'on ne peut abdiquer ; dès lors, l'héritier, malgré la vente, reste débiteur des créanciers du défunt, car son obligation résulte d'une qualité qu'il possède toujours. A moins, bien entendu, de conventions contraires.

400. Réunissant les deux textes, on arrive à cette conclusion. Le vendeur transmet l'émolument de son titre, l'acheteur fait raison des charges qui y sont afférentes.

401. Notons, pour terminer, qu'une éventualité particulière peut se présenter à la suite d'une vente d'hérédité. Nous voulons parler du retrait successoral (article 841). Il a pour effet de résoudre la vente d'hérédité à l'encontre du

1. Voy. le détail de la controverse dans Pothier, *Traité de la vente*, n° 546.
2. Voy. *suprà*, p. 116 et 117, p. 280.

cessionnaire. La différence apparaît très nette, à cet égard, entre la vente de droits successifs et la vente d'effets héréditaires ; aucun retrait ne peut être exercé en ce qui concerne cette dernière[1].

§ 4.— La vente d'un droit litigieux.

402. C'est encore une vente spéciale à raison de son objet. Les articles 1699 à 1701 y sont consacrés.

L'objet de la vente est la prétention qu'a le vendeur, prétention bien ou mal fondée, dont l'acheteur se rend acquéreur pour la faire valoir à son profit. En réalité, il s'agit là moins d'une vente distincte que d'un caractère particulier qui affecte toute vente quelconque si le droit formant l'objet du contrat est litigieux.

La vente d'un droit litigieux est d'abord soumise aux règles de droit commun qui lui sont applicables à raison de son objet, selon qu'il s'agit d'une vente de meuble ou d'immeuble, d'une cession de créance, d'une vente d'hérédité. En outre, elle présente une particularité résultant du caractère litigieux du droit transmis : l'éventualité de ce qu'on appelle le retrait de droit litigieux.

403. L'article 1699 définit ainsi ce retrait : « Celui contre « lequel on a cédé un droit litigieux peut s'en faire tenir « quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel « de la cession avec les frais et loyaux coûts, et avec les « intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le « prix de la cession à lui faite. »

Le texte dit : « Celui contre lequel on a cédé un droit liti« gieux. » Ce peut être : s'il s'agit d'une cession de créance, le débiteur cédé, — s'il s'agit d'une vente de meuble ou d'immeuble corporel, le possesseur actuel, défendeur éventuel à l'action de l'acheteur, — s'il s'agit de la vente d'un démembrement de la propriété, le propriétaire de la chose prétendue grevée. En un mot, c'est celui contre lequel l'acheteur aura à faire valoir le droit qu'il acquiert, quel que soit ce droit, réel ou de créance, si ce droit ne lui est pas enlevé par le retrait.

On l'appelle parfois le cédé, quoique cette appellation

1. Sur la théorie du retrait successoral, voy. la partie du *Cours de droit civil* qui sera publiée sous ce titre : *Les successions ab intestat.*

ne soit ordinairement usitée qu'en matière de cession de créance. De même, on appelle l'acheteur le cessionnaire, quoique cette dénomination, elle aussi, soit surtout usitée en matière de cession de créance ; c'est celui auquel le vendeur a cédé les prétentions qu'il croit avoir à émettre.

Le retrait de droit litigieux est la faculté reconnue au tiers cédé, défendeur éventuel à l'action, de déposséder le cessionnaire du droit moyennant le remboursement du prix d'acquisition.

404. Cette faculté de retrait est une dérogation manifeste au droit commun, d'après lequel une personne ne peut jamais être dépouillée malgré elle d'un droit lui appartenant. Si le cédé use de son droit de retrait, le cessionnaire est exproprié du droit qu'il a acquis.

D'où vient cette dérogation et comment se justifie-t-elle?

Sa raison d'être la plus apparente est qu'elle se rattache à une tradition ancienne.

Le droit romain interdisait la cession des droits litigieux ; il la déclarait nulle. Et il considérait comme litigieux tous les droits faisant l'objet d'un procès pendant, tous ceux *quæ in lite deducta sunt* [1].

Moins rigoureux, l'ancien droit français en admit la validité. Mais il atténua l'innovation en conférant au cédé la faculté de retrait [2]. Le motif qui avait fait interdire la cession en droit romain est celui qui explique le retrait.

L'expérience a montré, dit-on, que le trafic des droits litigieux est suspect et présente des inconvénients. Celui qui achète un droit litigieux — et il en est ainsi plus particulièrement des spéculateurs qui font métier d'en acquérir — exerce une pression sur le cédant, afin d'acheter à vil prix : on ne paie jamais bien cher un droit qui est discuté et peut n'avoir aucune valeur ; après quoi, il poursuit le cédé sans merci, afin d'en obtenir le plus possible. Souvent aussi, l'acquéreur d'un droit litigieux est une personne qui, par passion, cherche à se procurer un droit contre un tiers qui lui est antipathique, dans le dessein de molester ce tiers par des poursuites intempestives, bruyantes, voire même scandaleuses.

1. Voy. les constit. 22 et 23, Code de Justinien, *Mandati vel contra*, IV, 35 — et les constit. 2 et 4, *ibid.*, *De litigiosis*, VIII, 37.

2. Pothier, *De la vente*, n° 597.

Le droit de retrait est un remède contre ces dangers. Le retrait est une expropriation dans l'intérêt de la paix, une faculté ouverte au cédé à raison de la défaveur qui s'attache aux acheteurs de procès. Si le cédé exerce le retrait en acquérant la prétention qu'on faisait valoir contre lui, il met fin à la contestation judiciaire. C'est tout bénéfice ; le retrait du droit litigieux, en éteignant le procès, donne satisfaction à un intérêt social. Donc il est utile par ses effets ; et il se justifie, d'ailleurs, par les abus auxquels il rémédie. En conséquence, dit-on, il est légitime.

Ces considérations sont-elles vraiment concluantes ? Il est permis d'en douter. Il est possible que le métier d'acheteur de procès soit un métier suspect ; mais est-ce une raison pour permettre au cédé, dans son intérêt privé, d'exproprier l'acquéreur? Cette faculté constitue une atteinte peu justifiée au droit individuel. Celui qui achète un droit litigieux fait une convention aléatoire, qui peut le conduire à perdre aussi bien qu'à gagner ; il spécule, et spéculer n'est pas un crime. Le seul motif qu'on puisse invoquer pour justifier le retrait est qu'il met fin à un procès ; cela est un grand bien, mais le respect du droit est encore un bien supérieur.

405. Quoi qu'il en soit, le droit de retrait est consacré par l'article 1699, qui pose le principe et les conditions d'exercice du retrait.

Trois questions doivent être examinées à cet égard.

1° Quand un droit est-il litigieux, au sens de l'article 1699, de telle sorte que le cédé puisse s'en faire tenir quitte en le retrayant ?

2° A quelles conditions le cédé peut-il déposséder le cessionnaire ?

3° Quels sont les effets du retrait ?

I. Quand un droit est-il litigieux au sens de l'article 1699 ?

406. A prendre les mots dans leur sens grammatical et ordinaire, est litigieux tout droit qui est, ou qui peut être, d'après des circonstances dès maintenant connues, l'objet d'un litige.

Mais le mot litigieux n'est pas pris en ce sens par l'article 1699. Au point de vue de l'exercice du retrait, l'article 1700 définit en termes restrictifs ce qu'il faut entendre par un

droit litigieux. Et, comme il s'agit d'une faculté d'exception, elle est ouverte exclusivement dans le cas prévu.

D'après l'article 1700, deux conditions sont nécessaires pour qu'un droit soit litigieux.

Première condition.

407. Il faut qu'il y ait litige actuel, c'est-à-dire instance engagée et non terminée. L'appel en conciliation ne suffit pas pour donner ouverture au procès ; l'instance commence par la citation ; quelques arrêts ont même décidé qu'il faut que l'instance soit liée par des conclusions réciproques [1]. Et l'instance commencée reste pendante tant que la juridiction demeure saisie. Donc, pour savoir si un droit est litigieux, il faut tenir compte non des circonstances dans lesquelles ce droit est né, des conditions dans lesquelles il a été cédé, mais d'un simple fait : celui de savoir s'il y a actuellement procès engagé.

En cela, l'article 1700 est explicite : « La chose est censée « litigieuse dès qu'il y a procès.... » Le droit n'est pas litigieux parce qu'il y a possibilité, même probabilité, même imminence de procès ; il n'est tel que quand il y a procès engagé, quand la cession a eu pour objet les chances d'un procès pendant : *dubius litis eventus*.

408. Si l'article 1700 est explicite à cet égard, il l'est moins en ce qui concerne le point de savoir quand le procès doit être engagé pour qu'il y ait lieu à retrait.

Suffit-il qu'il y ait procès au moment où le tiers cédé entend exercer le retrait ? On pourrait le soutenir ; car cela suffit pour imprimer au droit un caractère litigieux à l'égard du cédé retrayant. Voici quelle serait la conséquence. Un droit a été l'objet d'une cession, soit à un moment où on le croyait à l'abri de toute contestation, soit à un moment où la contestation ne paraissait pas sérieuse bien que la cause de la contestation existât déjà; six mois après, le conflit éclate et un procès s'engage. Le retrait est-il possible ? Oui, s'il suffit qu'il y ait procès lors de l'exercice du retrait.

Ou bien faut-il que le procès ait été engagé lors de la ces-

1. En ce sens : Cass. 1er mai 1866, D. P. 1866.I.318, Sir. 1866.I.245, — Dijon 22 décembre 1876, Sir. 1877.II.72.— Il n'y aurait pas instance engagée si le défendeur n'avait pas encore constitué avoué au moment de la cession : Cass. 4 février 1867, D. P.1867.I.65, Sir. 1867.I.121.

sion, de sorte que le droit ait été litigieux quand il a été acquis et que ce caractère ait influé sur les conditions de la cession ?

Les précédents, à défaut de texte, ne laissent aucun doute sur cette question. En droit romain, on nommait choses litigieuses celles qui étaient cédées *pendente lite*[1]. C'est l'idée que reproduit l'article 1700. Donc un droit n'est litigieux, pour l'application de l'article 1699, qu'autant qu'il y a procès au moment de la cession ; il faut que l'instance soit engagée au moment où la cession intervient[2].

La demande de retrait reste recevable aussi longtemps que le litige n'est pas définitivement terminé. Une fois le procès terminé, le droit n'est plus litigieux ; mais il le redevient si l'instance est ouverte à nouveau par une opposition, un appel ou un pourvoi, et il reste tel jusqu'à ce que la juridiction saisie du recours ait statué sur celui-ci[3].

En d'autres termes, le droit de retrait est subordonné à la double condition : 1° qu'il y ait eu procès engagé lors de la cession, — 2° que le procès soit encore pendant au moment du retrait. Ce que la loi veut empêcher, c'est le trafic des procès.

Aussi est-il aisé, avec un peu d'habileté, d'éluder l'article 1699. Il suffit d'effectuer la cession avant le commencement de l'instance ; alors il n'y a pas place pour le retrait.

Seconde condition.

409. Il ne suffit pas qu'il existe un litige pendant. La loi veut, en outre, que ce litige porte sur le fond du droit. L'article 1700 est formel : « La chose est censée litigieuse dès

1. Voy. *suprà*, n° 404.

2. En ce sens : Guillouard, *Vente*, 2e édition, II, n° 881, — Laurent, XXIV, n° 58, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 917, — Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 147 *bis* I ; — Cass. 20 mars 1843, D. P. 1843.I.216, Sir. 1843. I.541, — Paris 5 janvier 1863, *Journal des tribunaux de commerce*, 1863, p. 425, — Grenoble 7 décembre 1865, *Journal des Cours de Grenoble et de Chambéry*, 1866.I.19, — Cass. 5 février 1867, D. P. 1867.I.65, Sir. 1867.I.121, — trib. d'Annecy 20 octobre 1887, *La Loi* du 11 décembre.

3. Cass. 1er mai 1889, D. P. 1895.I.529. — Cpr. Aubry et Rau, IV, § 357, p.457, — Laurent, XXIV, p. 599, — Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 146 *bis* IX, — Guillouard, *Vente*, 2e édition, II, n° 886, — Albert Desjardins, *Du retrait des droits litigieux*, dans la *Revue pratique*, année 1870, tome XXX, p. 231 et 232. — Il faut que la Cour de cassation ait été saisie ; la seule éventualité d'un pourvoi ne suffirait pas à faire considérer le droit comme litigieux : trib. de la Seine 8 juillet 1853, D. P. 1855.II.335.

« qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit. » En d'autres termes, il faut que le litige mette en question le droit lui-même[1].

Si le débat engagé a trait aux moyens d'exécution, l'instance ne rend pas le droit litigieux[2]. Il en est de même si le débat porte sur une modalité du droit; le débiteur prétend qu'il y a un terme, le créancier soutient le contraire. De même encore si le débat porte sur une simple question de compétence[3].

410. Telles sont les deux conditions requises. Le retrait n'est possible que si elles se trouvent réunies.

Et, encore une fois, comme la règle qui consacre la faculté de retrait est exceptionnelle, toute application extensive doit être écartée. Aussi la jurisprudence a-t-elle toujours interprété l'article 1699 dans le sens restrictif[4].

411. En résumé, un droit n'est litigieux que *pendente lite*, et quand il y a contestation sur le fond du droit.

Il est d'autant plus important de fixer cette règle que l'expression « droit litigieux » est employée ailleurs avec un autre sens.

Ce n'est pas seulement pour l'application de l'article 1699 et à propos de l'exercice du retrait qu'il importe de déterminer les caractères auxquels on reconnaît qu'un droit est litigieux, mais encore pour l'application de l'article 1597 : « Les juges, leurs suppléants, les magistrats remplis« sant le ministère public, les greffiers, huissiers, avoués, dé« fenseurs officieux et notaires, ne peuvent devenir ces« sionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont « de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils

1. La question de savoir si un droit est litigieux à cet égard est abandonnée à l'appréciation des juges du fait : Cass. 11 février 1851, D. P. 1851.I. 242. — Voy. à titre d'exemples les hypothèses signalées dans les arrêts suivants : Grenoble 24 avril 1856, D. P. 1859.V.378, — Cass. 14 mai 1861, D. P. 1861.I.469, — 1er mars 1865, D. P. 1865.I.366, — 30 juin 1880, D. P. 1881. I.52, — Bruxelles 13 février 1886, D. P. 1897.II.68.

2. *Sic* : Laurent, XXIV, nos 589-591, — Aubry et Rau, IV, § 359 *quater*, p. 457, texte et note 24, — Guillouard, II, n° 885, — A. Desjardins, *loc. cit.*, — Riom 11 mai 1839, Sir. 1839.II.483.

3. Cass. 27 avril 1875, D. P. 1877.I.444, Sir. 1876.I.64, — Paris 2 janvier 1890, *Le Droit* du 6 avril.

4. Voy. Cass. 6 janvier 1879, D. P. 1879.I.303, Sir. 1879. I.113, — Paris 26 juillet 1879, Sir. 1879.II.13, — Bordeaux 22 octobre 1888, *Journal de la Cour de Bordeaux*, 1889.I.31.

« exercent leurs fonctions, à peine de nullité, et des dépens, « dommages et intérêts. » La nullité peut être invoquée par la personne contre laquelle le droit s'exercerait, autrement dit par le cédé, puis par le cédant et par le cessionnaire [1].

S'il y a procès engagé, comme le prévoit l'article 1700, la nullité de l'article 1597 peut sans aucun doute être demandée. Mais l'article 1597 n'est-il applicable que dans ce cas ? Quel est le sort de la cession ayant pour objet un droit qui n'est pas encore, mais qui va devenir l'objet d'un procès ? Quand il s'agit de l'article 1597, on revient au sens grammatical et ordinaire des mots [2] ; on considère comme litigieux tout droit que les parties savent être douteux, sujet à litige, et qui a été cédé comme tel.

On a remarqué qu'il existe une différence de rédaction entre les deux textes. Dans l'article 1597, les mots sont pris dans leur sens large : « Les juges . . . . . ne peuvent devenir « cessionnaires des procès, droits et actions litigieux . . . . », ce qui paraît indiquer qu'un droit peut être litigieux sans qu'il y ait procès. Dans l'article 1700, le sens du mot « litigieux » est précisé d'une manière expresse ; un droit n'est litigieux que s'il donne lieu à un débat engagé devant la justice. Cette condition n'est pas nécessaire pour l'application de l'article 1597 ; il suffit qu'il existe des circonstances de nature à faire présumer que le droit donnera lieu à contestation. L'argument de texte n'a rien de décisif ; mais la solution est admise [3].

De sorte que les mots « droits litigieux » changent de sens suivant qu'il s'agit de l'un ou de l'autre des deux articles 1597 et 1700. Nous sommes ici dans une matière de droit arbitraire ; l'interprétation doit rester matérielle [4].

1. Voy. *suprà*, p. 33 et 34.

2. *Ibid.*, n° 406.

3. Grenoble 3 avril 1865 et Cass. 27 novembre 1866, Sir. 1867. I.396, — Cass. 6 août 1874, D. P. 1875.I.269. Sir. 1874.I.423, — Riom 17 juin 1880, D. P. 1881.II.37.

4. Lorsqu'un droit litigieux, au sens que l'article 1699 donne à ces mots, a été cédé à l'une des personnes visées par l'article 1597, le cédé a le choix entre deux partis. Il peut exciper de l'article 1597, autrement dit faire annuler la cession, afin d'éviter d'avoir affaire avec le cessionnaire. Il peut, tenant la cession pour valable, exciper de l'article 1699 et exercer le retrait. Ce second parti sera presque toujours le plus avantageux. En effet, l'annulation de la cession n'éteint pas le procès, de sorte que le cédé est exposé à se retrouver en face de son adversaire primitif ; au contraire, l'exercice du retrait met fin au litige.

II. A quelles conditions le cédé peut-il déposséder le cessionnaire ?

412. Malgré la défaveur qui atteint l'acheteur d'un droit litigieux — et cette défaveur est assez grande pour que la loi admette qu'il soit exproprié — le cédé ne peut le déposséder qu'à la condition de le rendre complètement indemne.

A cet effet, il doit lui rembourser trois choses.

413. **En premier lieu**, il doit lui rembourser le prix payé au cédant. L'article 1699 dit : « le prix réel », c'est-à-dire le prix que le cessionnaire a effectivement déboursé et que le cédant a réellement touché.

Si le cédant et le cessionnaire ont simulé un prix plus élevé que le prix réel, le cédé pourra établir la simulation par tous les moyens [1], car il s'agit d'un fait dont il ne lui a pas été possible de se procurer la preuve écrite [2]. Si cette règle n'existait pas, il serait trop facile au cédant et au cessionnaire de paralyser le droit éventuel du cédé et d'éluder, par là même, l'article 1699 ; il leur suffirait de grossir fictivement le prix de la cession, de simuler un prix supérieur au chiffre du sacrifice que le cédé peut raisonnablement s'imposer pour acheter la paix.

Dans ce cas, plus l'exagération aura été grande, plus la fraude apparaîtra. Dans un procès jugé par la Cour de Paris en 1834, il fut établi que le prix réel était de dix neuf cent trente francs, alors que le prix énoncé était de soixante mille francs [3]. C'est être maladroit que de prétendre ruser dans des proportions pareilles.

Ajoutons que le prix réel dont le remboursement est dû par le cédé est le prix qui a été ostensiblement convenu entre le cédant et le cessionnaire. Si un prix supérieur a été fixé par une contre-lettre passée entre eux, il n'y a pas à tenir compte de cette contre-lettre ; elle n'est pas opposable au cédé, car celui-ci est un tiers dans le sens que nous avons attribué à ce mot pour l'application de l'article 1321 [4].

414. **En second lieu**, toujours aux termes de l'article 1699, le cédé doit rembourser au cessionnaire « les frais et loyaux « coûts », que l'article 1593 met à la charge de l'acheteur [5].

1. Duvergier, II, n° 386, — Paris 14 février 1834, Sir. 1834.II.650.
2. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 644 et 645.
3. Paris 14 février 1834, précité.
4. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 629 et suiv.
5. Voy. *suprà*, p. 126.

415. En troisième lieu, il doit rembourser, dit encore l'article 1699, « les intérêts, à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite ».

416. Moyennant ces restitutions, le cessionnaire écarté est indemne.

Ce n'est pas à dire cependant qu'il soit désintéressé, car il perd le bénéfice qu'il pouvait attendre de la spéculation entreprise. Mais ce bénéfice est réputé illicite ; c'est la considération qui explique la concession du droit de retrait. Par suite, le cessionnaire ne peut réclamer son bénéfice à titre de dommages-intérêts.

III. Quels sont les effets du retrait ?

417. La loi est muette à cet égard. Les effets du retrait litigieux sont à déterminer d'après le droit commun.

L'idée générale est que la cession n'est pas annulée par l'effet du retrait, comme elle peut l'être dans l'hypothèse de l'article 1597[1]. En cas d'annulation, le droit retourne au cédant ; en cas de retrait, le droit passe au retrayant, par une sorte de subrogation. C'est pour cela que le retrait arrête le procès ; on n'a pas de prétention à élever contre soi-même.

418. Quelle est la situation qui résulte de l'exercice du retrait ? Elle doit être envisagée : 1° au regard du cessionnaire retrayé, — 2° au regard du cédé retrayant, — 3° au regard du cédant.

La formule est celle-ci. Le retrait exercé met le retrayant à la place du retrayé ; celui-ci est regardé comme n'ayant jamais été cessionnaire ; il disparaît *perinde ac si non emisset*, et s'efface devant le retrayant. Il n'y a pas une cession nouvelle ; le retrayant n'acquiert pas les droits du cessionnaire retrayé ; il se substitue à lui et doit être considéré comme ayant traité avec le cédant primitif. En un mot, il n'y a pas cession, il y a retrait.

La conséquence est que les droits nés du chef du cessionnaire, dans l'intervalle entre la cession et le retrait, s'évanouissent. S'il s'agit d'une créance, la saisie-arrêt qui aurait été pratiquée par les créanciers du cessionnaire, la cession que le cessionnaire aurait consentie, tombent d'elles-

1. Voy. *suprà*, n° 411.

mêmes ; il en faut dire autant des compensations qui se seraient opérées. S'il s'agit de droits réels, tous les droits que le cessionnaire retrayé aurait constitués ou qui seraient nés de son chef disparaissent.

Ce résultat est singulièrement grave, car il se peut que le retrait d'un droit litigieux s'exerce très longtemps après la cession. Celle-ci est intervenue à un moment où on ne prévoyait nullement le conflit ; le conflit s'élève vingt ans après ; le retrait devient possible.

419. Logiquement, il faudrait conclure, en outre, que le cessionnaire, puisqu'il est évincé par une expropriation, est libéré au regard du cédant, s'il n'a pas encore acquitté le prix de cession. Et il faudrait décider que le retrayant, puisqu'il a pris le marché à son compte, est désormais débiteur du cédant primitif non encore payé ; le cédant peut agir contre le retrayant et ne peut même agir que contre lui ; le retrayé a disparu *perinde ac si non emisset* [1].

Cependant, pour logique qu'elle soit, cette solution est contestée. On admet, en général, que le cédant non payé peut, malgré le retrait, exercer l'action en paiement contre le retrayé, car c'est avec lui seul qu'il a traité ; sauf au retrayé à se faire rembourser par le retrayant [2].

En faveur de cette solution on fait valoir deux arguments.

Le premier est un argument de droit et de bon sens. Par rapport au cédant primitif, le retrait exercé par le cédé contre le cessionnaire est *res inter alios acta.* Or le parti que prend le cédé ne saurait influer sur les droits du cédant et contraindre celui-ci à avoir ainsi un nouveau débiteur. La novation par changement de débiteur n'est possible que du consentement du créancier (article 1271 alinéa 2) [3].

Le second argument est un argument de texte. L'article 1699 marque nettement que le retrait n'établit de rapports qu'entre le retrayant et le retrayé, qu'il n'en établit aucun entre le retrayant et le cédant primitif. La preuve en est que le retrayant doit toujours rembourser au retrayé le prix de cession. Si le retrayé, c'est-à-dire le cessionnaire, a déjà payé le cédant, le retrayant lui rembourse le prix

1. En ce sens : Labbé, *Etude sur les retraits*, dans la *Revue critique*, tome VI, année 1854, p. 144.
2. En ce sens : Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 954, p. 838.
3. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 520 et suiv.

payé ; s'il ne l'a pas payé, le retrayé n'en touche pas moins le prix du retrait, et c'est donc qu'il doit payer le cédant.

420. Observons, pour terminer, que le cédé n'a pas toujours, en cas de cession d'un droit litigieux, la faculté d'exercer le retrait. L'article 1701 énumère trois cas dans lesquels cette faculté lui échappe.

La considération qui explique que la faculté d'exercer le retrait échappe au cédé est la même dans ces trois cas.

L'article 1699 a pour but de mettre un frein à la spéculation sur les procès. Il perd sa raison d'être lorsque l'acquisition du droit par le cessionnaire est légitime, quand elle se justifie par des circonstances excluant tout soupçon d'une intention peu délicate ou d'une spéculation véreuse. Or il y a précisément des circonstances de ce genre dans les trois cas prévus par l'article 1701.

1° Le cédé ne peut pas exercer le retrait contre le cessionnaire quand le droit appartient à celui-ci pour partie. L'acquisition faite par le cessionnaire a un but légitime : sortir de l'indivision, afin d'éviter les complications que la pluralité d'intéressés amène d'ordinaire dans un procès.

2° Le cédé ne peut pas exercer le retrait quand, étant créancier du cédant, il a reçu le droit en paiement. Il s'agit alors d'une dation en paiement ; or il n'y a lieu à retrait que pour les ventes proprement dites. Lorsqu'on est créancier, il faut bien qu'on se contente de ce que peut donner le débiteur ; rien n'est plus légitime que de recevoir, à défaut d'un bon paiement, un paiement insuffisant ; le créancier en retirera ce qu'il pourra, et on ne peut le blâmer d'avoir accepté la combinaison.

3° Le cédé ne peut pas exercer le retrait quand le cessionnaire possède l'immeuble sur lequel porte le droit litigieux. Voici l'hypothèse. Je possède un immeuble, dont *Primus* et *Secundus* se prétendent propriétaires ; je désintéresse *Primus* et je lui achète sa prétention. *Secundus*, sous prétexte qu'il serait le vrai propriétaire, peut-il retrayer le droit ? Non. Quoi de plus légitime, en effet, que de se maintenir comme on peut en possession de ce qu'on a, et d'acheter la part d'un adversaire pour mieux se défendre contre l'autre ?

Encore une fois, dans les trois cas prévus par l'article 1701,

la cession s'explique. Elle apparaît comme une opération naturelle. Le bon sens commande qu'on la maintienne,

421. Peut-être est-il permis de soutenir que l'article 1701 est seulement indicatif [1], que l'article 1699 est inapplicable toutes les fois que la cession d'un droit litigieux a, en fait, une juste cause et n'est point dictée par l'esprit de spéculation ou de chicane.

A tout le moins, il est un cas dans lequel l'article 1699 n'est pas applicable : c'est celui où la cession est à titre gratuit. Il n'y a lieu à retrait que lorsque la cession est à titre onéreux. Cela ne tient pas à une extension de l'article 1701, mais aux deux raisons suivantes. D'abord, l'article 1699 est au titre *De la vente* ; il n'existe aucun motif pour l'appliquer en matière de donations. En outre, la condition de restitution du prix ne peut pas être remplie dans notre hypothèse ; par conséquent, le cessionnaire ne peut pas être écarté [2].

Le retrait litigieux ne s'exerce pas non plus au cas d'échange. Car on ne voit pas alors où est le prix et en quoi il consiste [3].

422. Notons enfin que les trois exceptions formulées par l'article 1701 ne s'étendent pas au cas de l'article 1597, car les deux dispositions n'ont pas le même but [4]. L'article 1597 a pour objet d'assurer le respect de la magistrature et de ses auxiliaires, afin que ceux qui sont institués pour rendre la justice ne puissent pas être suspectés d'en faire trafic [5].

1. Trib. du Mans 26 janvier 1869, D. P. 1870.II.34.

2. Toutefois il n'en est ainsi qu'autant que la cession est vraiment une donation. S'il est prouvé qu'elle constitue, en réalité, une vente déguisée sous forme de donation, qu'il y a eu un prix, mais que ce prix a été dissimulé, le retrait peut être exercé. Troplong, *Vente*, II, n° 1009,— Guillouard, *Vente*, 2e édition, II, n° 889 *in fine*, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 932.

3. Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 933. — Certains auteurs, se fondant sur la disposition de l'article 1707, admettent le retrait litigieux en cas d'échange. Ils décident que le retrayant, se trouvant dans l'impossibilité de restituer au retrayé la chose même que celui-ci a donnée en échange du droit litigieux, doit lui restituer la valeur de cette chose. Troplong, II, n° 1004, — Duvergier, II, n° 387, — Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 146 *bis* VII.

4. Cpr. *suprà*, n° 411.

5. Aubry et Rau, IV, § 359 *quater*, texte et note 12, p. 454, — Guillouard, I, n° 142, — Nîmes 25 mai 1840, et Rouen 1er juillet 1852, D.P. 1852.II. 263.

SECTION II. — Ventes soumises à des règles particulières à raison des circonstances dans lesquelles elles interviennent ou de la forme dans laquelle elles sont faites.

423. Nous avons indiqué par avance[1] que ces ventes sont au nombre de cinq : 1° l'expropriation pour cause d'utilité publique, — 2° les ventes judiciaires, — 3° les ventes aux enchères, — 4° les ventes commerciales, — 5° la *datio in solutum*.

Sur ces divers sujets, à l'exception du dernier, nous ne pouvons donner ici que des indications sommaires. Faire davantage serait empiéter sur le terrain soit de la procédure civile, soit du droit administratif, soit du droit commercial. Nous nous limiterons à ce qui intéresse le droit civil.

§ 1. — L'expropriation pour cause d'utilité publique.

424. L'expropriation pour cause d'utilité publique est, en définitive, une cession ou vente forcée. Tout le monde sait qu'elle fait l'objet d'une loi spéciale, celle du 3 mai 1841.

Le vendeur, ici, c'est l'exproprié ; l'acheteur, c'est l'expropriant ; le prix, c'est l'indemnité d'expropriation. La propriété passe de l'exproprié à l'expropriant par l'effet du jugement d'expropriation. Le prix est fixé soit à l'amiable, soit par un jury spécial. Tous les éléments de la vente sont réunis.

425. Voici les particularités que présente cette vente d'un genre spécial.

Première particularité.

Elle ne comporte pas la rescision pour lésion.

A la vérité, l'article 1684 n'exclut pas la rescision en matière d'expropriation, puisqu'il ne vise expressément que les « ventes qui, d'après la loi, ne peuvent être faites que d'autorité « de justice »[2]. Mais, en fait, le mode de fixation du prix dans l'expropriation exclut toute idée de lésion abusive. En droit, aucun recours n'existe contre la décision du jury, si ce n'est

1. Voy. *suprà*, p. 244.
2. *Ibid*, p. 92 et 93.

le pourvoi en cassation, dans les cas très limités où il est autorisé par l'article 42 de la loi de 1841 [1].

Deuxième particularité.

L'expropriation ne donne lieu ni à l'action en résolution pour défaut de paiement du prix au profit de l'exproprié, ni au privilège du vendeur [2].

Légalement, l'indemnité doit être payée préalablement à la prise de possession (article 545 C. civ., et article 53 de la loi de 1841) ; sauf dans le cas d'urgence (article 65), mais alors la somme est consignée (article 69). L'exproprié n'a donc aucun danger à courir de ce chef. En fait, d'ailleurs, la chose expropriée est le plus souvent affectée à un service public et incorporée au domaine public, de sorte qu'elle ne saurait être reprise après l'expropriation.

Troisième particularité.

L'expropriation ne donne pas lieu à la garantie de la possession paisible de la chose aliénée au profit de l'acheteur, c'est-à-dire de l'expropriant [3].

La raison est simple : l'expropriant ne peut être évincé. Le jugement d'expropriation, qui opère transmission de propriété, a pour effet d'anéantir les actions en résolution, en revendication, et toutes autres actions réelles correspondant à des droits que des tiers pourraient avoir sur la chose ; les droits sur l'immeuble sont tous transformés en droits sur le prix (article 18 de la loi de 1841) [4]. Il fallait qu'il en fût ainsi, puisque le bien va être affecté à un service public.

Le jugement purge même les hypothèques, en ce sens qu'il fixe définitivement le prix de l'immeuble au regard des créanciers inscrits [5]. Les créanciers hypothécaires perdent leur droit de suite ; eux aussi voient leur droit sur l'immeuble se transformer en un droit sur le prix ; de sorte que l'expropriant n'a pas besoin de purger (article 17 *in fine* de la loi de

1. Voy. Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 4e édition, p. 587 et 588, — Hauriou, *Précis de droit administratif*, 4e édition, p. 691.
2. Voy. *suprà*, n° 284, — *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 6, — Berthélemy, *loc. cit.*, p. 576, — Hauriou, *loc. cit.*, p. 686.
3. Voy. *suprà*, p. 127 et suiv.
4. Berthélemy, p. 576, — Hauriou, p. 686.
5. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 328 et 329.

1841). Les créanciers inscrits ont une garantie suffisante dans le mode de fixation du prix.

Quatrième particularité.

L'expropriation ne donne pas lieu à la garantie des vices rédhibitoires au profit de l'expropriant.

Cette quatrième particularité n'est pas aussi certaine que les trois premières ; cependant il n'existe guère d'hésitation en ce qui la concerne. Sans doute l'article 1649, qui exclut la garantie des vices rédhibitoires « dans les ventes faites « par autorité de justice »[1], n'est pas applicable, *in terminis*, à l'expropriation pour cause d'utilité publique ; mais, à défaut d'un texte formel, cette solution résulte de l'ensemble des dispositions sur la matière. Quand, l'expropriation une fois prononcée, l'indemnité a été réglée et payée, tout est dit. L'article 42 de la loi de 1841 fournit un argument en ce sens, puisqu'il n'admet aucun recours contre les décisions du jury, si ce n'est pour vice de forme[2] ; c'est donc que ces décisions ne donnent pas plus lieu à la garantie pour vices rédhibitoires qu'à la garantie pour éviction.

§ 2. — Les ventes judiciaires.

426. On les appelle aussi ventes publiques. En effet, elles se font aux enchères, par voie d'adjudication au plus offrant et dernier enchérisseur. Cela est si vrai que la loi du 25 juin 1841, qui interdit les ventes en détail de marchandises neuves à cri public[3], prend soin d'excepter de sa prohibition les ventes judiciaires (article 2) ; c'est donc que ces ventes rentrent dans la catégorie des ventes aux enchères.

Mais ce n'est pas là ce qui les distingue ; car ce caractère leur est commun avec les ventes qu'on a coutume d'appeler les ventes faites simplement aux enchères, qui peuvent, elles aussi, être qualifiées de ventes publiques, mais qui ne sont pas des ventes judiciaires. Ce n'est pas là non plus ce qui motive et explique les règles spéciales qui leur sont applicables.

Les ventes judiciaires sont caractérisées par ce fait qu'el-

1. Voy. *suprà*, n° 252.
2. Berthélemy, *loc. cit.*, p. 587, — Hauriou, *loc. cit.*, p. 691.
3. Voy. *infrà*, n° 455.

les interviennent à la suite d'une procédure dont les formes sont obligatoires. Elles doivent être annoncées par apposition d'affiches ou placards, conformément à la loi. Puis elles se font aux enchères officielles, aux enchères publiques. S'il s'agit d'immeubles, l'adjudication se fait à la barre du tribunal, à l'audience des criées (article 705 C. proc. civ.), et le nom de vente judiciaire s'explique alors aisément ; s'il s'agit de meubles, l'adjudication a lieu non à la barre du tribunal, mais au « marché public », ou en un « autre lieu « plus avantageux » désigné par le tribunal (article 617 C. proc. civ.) [1].

Dans tous les cas, les ventes judiciaires sont assujetties à une procédure obligatoire tracée par la loi. Elles sont dites faites par autorité de justice.

427. Ces ventes sont de deux sortes; et il faut, en cette matière, veiller avec soin aux mots qu'on emploie : 1° les ventes publiques forcées, — 2° les ventes publiques volontaires.

Parlons séparément de chacune d'elles. Nous noterons ensuite quelques points qui leur sont communs.

I. Ventes publiques forcées.

428. On nomme ainsi les ventes qui sont poursuivies par d'autres que le propriétaire des choses vendues. Elles sont forcées, en ce sens qu'elles s'imposent à la volonté du vendeur ; il y est procédé sans qu'il le veuille, même malgré lui, par autorité de justice.

Rentrent dans cette classe : 1° les ventes sur saisie, saisie immobilière pour les immeubles (articles 673 et suiv. C. proc. civ.) [2], saisie exécution pour les meubles (articles 583 et suiv. C. proc. civ.) [3], — 2° les ventes de biens de faillis (articles 486 à 571 C. com.) [4], — 3° les ventes sur délaissement (article 2174 C. civ.) [5], — 4° les ventes sur surenchère du dixième (article 2187 C. civ.) [6], — 5° les ventes sur surenchère du sixième (article 708 C. proc. civ.) [7].

1. Voy. Garsonnet, *Traité de procédure*, 1re édition, III, p. 638 et suiv.
2. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, n° 36, p. 32, — tome II, n° 920.
3. *Ibid.*, tome I, n° 36, p. 31.
4. Voy. *ibid.*, tome II, n° 922, — Thaller, *Traité élémentaire*, 3e édition, nos 2137 à 2139, — Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 2e édition, VIII, n° 693.
5. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, nos 1038 et suiv.
6. Voy. *ibid.*, nos 982 et suiv.
7. *Ibid.*, n° 930. — Cpr. *infrà*, p. 318.

429. La vente, dans ces hypothèses, se fait aux enchères publiques, c'est-à-dire avec intervention de justice ; elle est judiciaire. Ce sont les ventes publiques ou judiciaires forcées.

Il serait hors de propos de détailler ici les formes auxquelles ces ventes sont soumises ; c'est une question de procédure. Nous nous contenterons de noter les particularités qu'elles présentent au point de vue civil, autrement dit quand on les envisage comme des ventes.

Nous en relèverons cinq. Déjà nous avons signalé la plupart d'entre elles ; il importe de les rappeler afin de réunir tout ce qui se rapporte à ce sujet.

Première particularité.

430. Elle résulte de l'article 1684, lequel écarte l'action en rescision pour lésion dans les ventes d'immeubles « qui, « d'après la loi, ne peuvent être faites que d'autorité de jus- « tice ».

L'article 1684 [1] — il importe de le remarquer, car cela montre l'utilité de ces distinctions — n'est pas applicable à toutes les ventes aux enchères, mais seulement à celles qui sont faites aux enchères publiques, en d'autres termes aux ventes judiciaires, dans le sens ordinaire du mot. Le texte même en fait foi.

La publicité obligatoire qui précède l'adjudication et la sécurité résultant des enchères publiques à l'audience du tribunal assurent la concurrence. Il est peu probable, dans ces conditions, qu'il puisse être fait violence au cours normal des objets vendus, et que le vendeur n'obtienne pas le prix que les circonstances permettent d'obtenir ; d'ailleurs, il est indispensable, si l'on veut que la vente soit aussi avantageuse que possible pour les divers intéressés, d'assurer pleine sécurité à l'adjudicataire.

Deuxième particularité.

431. Dans les ventes publiques forcées, il n'y a place ni pour l'action résolutoire fondée sur le défaut de paiement du prix [2], ni pour le privilège du vendeur [3].

1. Voy. *suprà*, p. 92 et 93.
2. *Ibid.*, p. 195 et suiv.
3. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 6 et suiv.

432. L'article 1654, qui ouvre au vendeur non payé l'action résolutoire, n'est pas applicable aux ventes publiques forcées. Du moins, la résolution de la vente, au cas où l'adjudicataire ne paie pas son prix, se produit ici sous une forme spéciale, qui est celle de la revente sur folle enchère [1].

La folle enchère est l'enchère faite imprudemment, témérairement, par une personne qui n'est pas en mesure de payer. Le fol enchérisseur est celui qui s'est porté adjudicataire sans être en mesure de satisfaire aux obligations qu'il assume ainsi, et qui n'y satisfait pas.

S'agit-il de meubles vendus au moyen d'une saisie-exécution, le prix d'adjudication doit être payé comptant. A défaut de quoi il est procédé à une revente immédiate (article 624 C. proc. civ.) ; sinon, le commissaire-priseur est responsable (article 625).

S'agit-il d'une vente d'immeubles, les délais de paiement sont fixés par le cahier des charges (article 733 C. proc. civ.). Si le prix de la revente est égal au prix de l'adjudication, tout est terminé. S'il est inférieur, le fol enchérisseur est tenu de la différence ; naguère il en était tenu par corps, mais cette sanction a disparu depuis la loi du 24 juillet 1867 [2]. Enfin, si le prix de la revente est supérieur au prix de l'adjudication, la différence est versée aux créanciers ou à la partie saisie (article 740 C. proc. civ.).

La vente sur folle enchère est soumise aux formalités des ventes publiques (article 739). Il est défendu de convenir qu'on n'aura pas recours à ces formalités (article 742).

Ainsi, soit en matière de meubles, soit en matière d'immeubles, le défaut de paiement du prix à la suite d'une vente publique entraîne la revente sur folle enchère.

Si cette forme spéciale et plus expéditive est donnée à l'action résolutoire, c'est dans l'intérêt des créanciers poursuivants, et indirectement dans l'intérêt du saisi, mis en péril par le défaut de paiement du prix. Avant d'arriver à convertir le bien vendu en argent, les poursuivants ont dû traverser un dédale de formalités, gênantes par leur nombre, leur longueur et les frais qu'elles entraînent. Ils voient enfin arriver l'adjudication ; le prix est arrêté ; l'ordre ou

1. Voy. Garsonnet, *Traité de procédure*, 1re édition, VI, p. 392 et suiv.
2. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 45 et suiv.

la contribution est ouvert; on touche au résultat. Mais voici que l'adjudicataire ne paie pas; tout est remis en question. Va-t-il leur falloir entamer une instance en résolution pour parvenir ensuite à une nouvelle vente sur saisie? La folle enchère leur évite cette extrémité. En élevant témérairement l'enchère, le fol enchérisseur s'est rendu partie au procès; la revente est immédiatement poursuivie contre lui, à ses risques et périls.

La revente sur folle enchère anéantit la première adjudication, de sorte que les biens qui en avaient été l'objet doivent être considérés comme n'étant jamais entrés dans le patrimoine de l'adjudicataire [1]. Elle n'est pas autre chose que la résolution adaptée aux exigences de la situation.

433. Les mêmes raisons expliquent qu'il n'y ait pas place pour le privilège du vendeur dans les ventes publiques forcées. Le paiement du prix est plus aisément obtenu par les poursuivants au moyen de la revente sur folle enchère.

Troisième particularité.

434. Les ventes judiciaires forcées éteignent les actions résolutoires des précédents vendeurs qui ne seraient pas encore payés; l'adjudicataire n'a rien à redouter de ce chef. L'article 717 alinéa 2 du Code de procédure dit, en effet: « L'adju-
« dicataire ne pourra être troublé dans sa propriété par au-
« cune demande en résolution fondée sur le défaut de paie-
« ment du prix des anciennes aliénations, à moins qu'avant
« l'adjudication la demande n'ait été notifiée au greffe du tri-
« bunal où se poursuit la vente. » La loi veut donner toute sécurité à l'adjudicataire, afin que l'adjudication s'effectue dans les meilleures conditions possibles [2].

Encore faut-il pour cela que la saisie ait été notifiée au vendeur, comme l'exige l'article 692 du Code de procédure. Sans quoi la formalité ne lui serait pas opposable et il conserverait tous ses droits [3].

Quatrième particularité.

435. Nous en avons déjà parlé à propos des privilèges et

1. Toulouse 6 décembre 1883, *La Loi* du 14 avril 1884, — 3 décembre 1888, D. P. 1891.I.201, — Lyon 1er avril 1892, D. P. 1893.II.163.
2-3. Cpr. *suprà*, p. 207 à 209.

hypothèques, car elle présente une importance considérable à cet égard.

A l'inverse des ventes volontaires, les ventes forcées, quand il s'agit d'immeubles, fixent définitivement le prix au regard des créanciers hypothécaires ou privilégiés ; elles valent purge, en ce sens qu'elles mettent l'adjudicataire à l'abri du droit de suite, sans qu'il ait besoin de recourir à la procédure de purge [1]. Le droit des créanciers sur l'immeuble est transformé en un droit sur le prix, qu'ils feront valoir en produisant à l'ordre. L'article 717 alinéa 6 du Code de procédure le dit : « Le jugement d'adjudication dûment transcrit « purge toutes les hypothèques, et les créanciers n'ont plus « d'action que sur le prix. Les créanciers à hypothèques lé- « gales qui n'ont pas fait inscrire leur hypothèque avant la « transcription du jugement d'adjudication, ne conservent « le droit de préférence sur le prix qu'à la condition de pro- « duire, avant l'expiration du délai fixé par l'article 754, « dans le cas où l'ordre se règle judiciairement, et de faire « valoir leurs droits avant la clôture, si l'ordre se règle amia- « blement, conformément aux articles 751 et 752. »

436. Dans les développements consacrés au droit de suite en matière hypothécaire, nous avons signalé les raisons de cette différence entre les ventes volontaires et les ventes publiques forcées [2].

Elles sont au nombre au deux.

1° La vente ayant eu lieu avec une publicité procurée dans des formes obligatoires, et aux enchères publiques, il est probable que l'immeuble a atteint le plus haut prix possible, le prix le plus élevé que les circonstances permissent d'espérer. Une nouvelle mise en vente de l'immeuble n'aboutirait qu'à un seul résultat : occasionner des frais souvent considérables, sans espoir raisonnable d'obtenir un prix plus élevé. Le prix doit donc être considéré comme fixé d'une manière irrévocable.

2° Les créanciers hypothécaires ont été prévenus de la vente ; ils ont pu, dès lors, veiller à ce que l'immeuble atteigne son véritable prix, et se porter au besoin surenchérisseurs. Suivant l'expression consacrée, ils ont été liés à la saisie (article 692 C. proc. civ.).

1. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 325 et suiv.
2. *Ibid.*, p. 327, 328, 329, 330.

437. Sous l'empire de la loi du 2 juin 1841 sur la saisie immobilière, cet important effet de l'adjudication ne se produisait qu'au regard des créanciers hypothécaires inscrits, parce que c'est à eux seuls que la saisie était signifiée, conformément à l'article 692 du Code de procédure. La loi du 21 mai 1858 a étendu cet effet aux hypothèques qui valent indépendamment de toute inscription. L'article 717 du Code de procédure (rédaction de 1858) dit que la transcription du jugement d'adjudication purge « toutes les hypothèques ».

Aussi le législateur de 1858 a-t-il jugé nécessaire de modifier l'article 692 du Code de procédure. Désormais, l'article 692 exige qu'une signification soit adressée à toutes les personnes pouvant avoir sur l'immeuble des hypothèques occultes (femmes mariées, mineurs, interdits), et en outre au procureur de la République, spécialement chargé de veiller à leurs intérêts. Dans la huitaine du dépôt du cahier des charges, sommation doit leur être faite d'en prendre communication, d'assister à sa publication et à la fixation du jour de l'adjudication ; cette sommation, dit le texte, « contiendra, en outre, l'avertissement que, pour conserver « les hypothèques légales sur l'immeuble exproprié, il sera « nécessaire de les faire inscrire avant la transcription du « jugement d'adjudication [1] ».

Cinquième particularité.

438. Elle a trait à la question de savoir s'il y a lieu à la garantie dans les ventes publiques forcées.

439. Aucune indécision en ce qui concerne la garantie des vices rédhibitoires. L'article 1649 l'exclut [2]. Il l'écarte pour des motifs analogues à ceux qui font écarter en pareille matière l'action en rescision [3]. L'intervention de justice et la publicité rendent les fraudes presque impossibles ; de plus, pour que la vente s'opère dans de bonnes conditions, il faut qu'elle soit stable. Aussi l'article 1649 n'est-il pas applicable à toutes les ventes aux enchères, mais seulement à celles qui sont faites aux enchères publiques, ou, comme dit le texte, « par autorité de justice ».

1. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 326 et 327. — Cpr. *suprà*, p. 207 à 209.
2. Voy. *suprà*, p. 186.
3. *Ibid.*, n° 430, p. 304.

Donc la règle est formelle quant à la garantie des vices rédhibitoires.

440. Mais la question est controversée en ce qui concerne la garantie de la possession paisible, ou garantie en cas d'éviction.

Que l'adjudicataire puisse être évincé, cela n'est pas douteux.

Les dangers d'éviction sont moins nombreux pour lui que pour l'acheteur sur vente amiable. Il ne peut, en effet, être évincé ni par l'action hypothécaire, puisque l'adjudication dûment transcrite vaut purge (article 717 C. proc. civ.)[1], ni par l'action résolutoire des précédents vendeurs, puisqu'elle est éteinte par l'adjudication (article 717)[2].

Mais il peut toujours être évincé par l'action en revendication : « L'adjudication, dit l'article 717, ne transmet à « l'adjudicataire d'autres droits à la propriété que ceux ap« partenant au saisi » ; de sorte que l'adjudicataire sera évincé si le saisi n'est pas propriétaire. D'autre part, il peut toujours être évincé par l'action pour charges non déclarées (article 1638).

C'est dans ces deux cas que la question posée présente de l'intérêt.

441. On a soutenu[3] que l'adjudicataire évincé n'a droit à aucune garantie. En effet, dit-on, il n'y a pas, dans l'adjudication, de vendeur proprement dit, contre lequel l'adjudicataire évincé puisse agir en garantie. Le créancier poursuivant n'est pas un vendeur ; ce n'est pas lui qui vend, il ne fait que provoquer la vente. Quant au saisi, ce n'est pas lui non plus qui vend ; c'est la justice qui vend pour lui, et la preuve en est que le plus souvent la vente a lieu malgré lui.

Cette opinion ne doit pas être adoptée. En effet, l'article 1596 présente explicitement l'adjudicataire comme étant un acheteur ; d'où nous devons conclure que l'adjudicataire possède l'ensemble des prérogatives appartenant à l'acheteur d'après le droit commun de la vente, exception faite seulement pour celles qui lui sont enlevées par un texte spécial. Or aucun texte ne le prive du droit à la garantie en cas d'évic-

1. *Suprà*, n° 435.
2. *Ibid.*, n° 434.
3. Delvincourt, III, p. 144, — Troplong, *Vente*, I, n° 332, — Dalloz, *Répertoire*, v° *Vente*, n° 834.

tion ; les articles 1649 et 1684, qui déclarent inapplicables aux ventes publiques forcées quelques-unes des dispositions du titre *De la vente*, notamment celles relatives à la garantie des vices rédhibitoires [1], ne disent rien de semblable à propos du droit à la garantie de la possession paisible.

Donc l'adjudicataire évincé a droit à la garantie. Mais il reste à savoir contre qui l'adjudicataire évincé va agir.

Est-ce contre le saisi ? C'est lui qui était propriétaire ou qui passait pour l'être, c'est de lui que l'adjudicataire devient l'ayant-cause, de lui qu'il tient ses droits ; c'est donc lui qui est vendeur.

Mais, d'un autre côté, ce n'est pas le saisi qui touche le prix. Ce sont les créanciers poursuivants. On peut se demander s'il ne serait pas plus naturel que l'adjudicataire évincé s'adressât à eux.

A qui incombe l'obligation de garantir : au saisi ou aux saisissants ?

La question est très discutée [2]. La pratique l'a résolue à l'aide de quelques distinctions. Et le système qu'elle a fait prévaloir se résume en trois idées.

Première idée.

Si l'adjudicataire est évincé après avoir payé son prix aux créanciers, il peut le répéter. Le prix a été versé sans cause, puisque l'adjudicataire n'est pas devenu propriétaire ; donc les créanciers doivent le lui rendre. Ce n'est pas précisément l'action en garantie que l'adjudicataire met en mouvement ; il exerce la *condictio indebiti*, l'action en répétition de l'indû (article 1377) [3].

Cette solution paraît contestable au premier abord. Voi-

1. *Suprà*, n° 439.

2. Pour l'exposé des divers systèmes auxquels cette question a donné lieu, voy. les *Pandectes françaises alphabétiques*, v° *Adjudications immobilières*, n°s 1744 à 1775.

3. En ce sens : Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 376, texte et note 24, — Labbé, *Revue critique*, année 1861, p. 292, n° 27, — Persil, *Ventes judiciaires*, n° 291, — Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 76 *bis* VIII, — Laurent, XXIV, n° 228, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 357, — Guillouard, *Vente*, 2e édition, I, n° 316 ; — Colmar 22 mars 1836, Sir. 1836.II.550, — Lyon 15 décembre 1841, Sir. 1842. II.168, — Riom 28 juin 1855, D. P. 1856.II.136, — Agen 19 août 1867, Sir. 1868.II.67, — Alger 2 janvier 1883, Sir. 1884.II.17. — Cpr. Chambéry 14 décembre 1874, D. P. 1877.II.200, — Limoges 19 février 1894, D. P. 1898. II.261.

ci comment on est tenté de raisonner pour la combattre. D'une part, il n'est pas tout à fait exact de dire que le prix a été touché par les créanciers, car le prix est consigné (articles 777 et 778 C. proc. civ.). D'autre part, les créanciers n'ont reçu, en définitive, que ce qui leur était dû, et on comprend mal qu'ils soient tenus à restitution. Supposons que le débiteur ait vendu à l'amiable un bien ne lui appartenant pas, qu'avec le prix à lui remis il ait payé les créanciers, et que l'acheteur évincé l'actionne en garantie ; le vendeur serait tenu de restituer le prix, et les créanciers payés n'auraient aucun compte à rendre. Or quelle différence y a-t-il entre ce cas et celui qui nous occupe ? Aucune, si ce n'est que les formes, ici, sont abrégées. L'adjudicataire n'a donc action que contre le saisi, c'est-à-dire contre un insolvable, ce qui, assurément, est malencontreux pour lui.

Mais ces objections ne sauraient prévaloir. L'adjudicataire, quoi qu'on dise, paie réellement entre les mains des créanciers ; s'il consigne, c'est afin que la distribution puisse s'opérer entre eux, et, en ce qui le concerne, ce sont bien les créanciers qui ont reçu le prix. Or la répétition est possible, aux termes de l'article 1377, toutes les fois qu'une dette a été payée, même au vrai créancier, par un non débiteur [1].

Deuxième idée.

Si l'annulation de l'adjudication vient à être prononcée à raison d'un fait imputable au poursuivant, l'adjudicataire évincé a action contre le poursuivant en réparation du préjudice causé. L'action qu'il exerce n'est pas l'action en garantie, mais l'action générale de l'article 1382 [2].

Par exemple, l'adjudication est annulée pour un vice de procédure ; le poursuivant n'a pas fait au vendeur de l'immeuble saisi les notifications prescrites par l'article 692 du Code de procédure. Malgré l'adjudication, le vendeur est fondé à exercer l'action résolutoire (article 717) ; et le pour-

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 720.

2. En ce sens : Aubry et Rau, IV. p. 376, note 23, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 356, — Guillouard, I, n° 317, — Laurent, XXIV, n° 227 ; — cpr. Cass. 18 avril 1855, Sir. 1856.I.402, — Agen 19 août 1867, Sir. 1868.II.67, — Alger 2 janvier 1883, Sir. 1884.II.17, — Bordeaux 11 novembre 1884, *Pandectes françaises alphabétiques*, v° *Adjudications immobilières*, n° 1747, — Pau 6 juillet 1891, D. P. 1892.II.328, — Cass. 31 janvier 1893, D. P. 1894.I.325, — Limoges 19 février 1894, D. P. 1898.II.260 et 261.

suivant encourt, de ce chef, les responsabilités du droit commun.

Troisième idée.

En dehors de ces deux cas, l'adjudicataire évincé n'a rien à réclamer au créancier poursuivant, qui n'est pas vendeur et ne saurait, par conséquent, être tenu à garantie [1]. Qui donc alors est garant? Le saisi. Il a laissé vendre sans protestation, pour payer ses créanciers, des biens dont il n'était pas propriétaire; il est en faute et doit, au point de vue de sa responsabilité vis-à-vis de l'adjudicataire, être assimilé à un vendeur [2].

Dira-t-on que le saisi peut n'avoir pas connu la saisie, et qu'on ne saurait, dans ce cas, lui imputer d'avoir laissé vendre ses biens ? D'abord, l'hypothèse est rare. Puis, l'obligation de garantir est imposée au vendeur indépendamment de toute faute de sa part. L'intervention de justice remplace ici la volonté du débiteur ; mais c'est toujours lui qui joue le rôle de vendeur, et les créanciers ne sont que ses mandataires.

Dès lors, sauf le prix qui sera restitué par les créanciers, le saisi est tenu de la garantie à tous égards, conformément à l'article 1630-2°, 3° et 4°. L'adjudicataire évincé a droit: 1° à la répétition du prix contre le poursuivant, — 2° aux autres chefs de garantie contre le saisi [3].

Ce système est rationnel et conforme aux règles du droit commun. La jurisprudence l'a consacré.

II. Ventes publiques volontaires.

442. Elles sont publiques, ou judiciaires, au même titre que les précédentes, en ce sens qu'elles sont faites dans des

1. Aubry et Rau, 4e édition, IV, § 355, texte et note 22, p. 375-376, — Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 76 bis, — Laurent, XXIV, n° 227, — Guillouard, *Vente*, 2e édition, I, n° 317, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, nos 355 et 356 ; — Rouen 25 juin 1849, D. P. 1850.II.146, — Bordeaux 10 juillet 1867, D. P. 1867. V. 226, — Caen 14 août 1868, D. P. 1870.II.95, — Pau 6 juillet 1891, D. P. 1892.II.328, — Cass. 31 janvier 1893, D. P. 1894.I.325, — Limoges 19 février 1894, D. P. 1898.II.261.

2. Aubry et Rau, IV, p. 376, note 20, et les références. — *Adde*: Laurent, XXIV, n° 226, — Demante et Colmet de Santerre, VII, nos 76 bis II et suiv., — Guillouard, I, n° 318, — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 355; — Cass. 28 mai 1862, D. P. 1862.I.209, Sir. 1862.I.747,— Pau 8 mars 1865, Sir. 1865. II.90, — Lyon 6 mars 1878, D. P. 1878.II.65, Sir. 1878.II.201, — Bordeaux 28 juillet 1882, Sir. 1883.II. 148.

3. Voy. *suprà*, p. 146 et suiv.

formes réglées par la loi, après affiches et aux enchères publiques. Elles sont volontaires, en ce sens qu'à l'inverse des précédentes elles ne s'imposent pas à la volonté du propriétaire ; elles sont faites par justice à la demande du propriétaire ou de ses représentants.

443. Les cas où il y a lieu à vente publique volontaire sont de deux sortes. Il importe de ne pas les confondre.

444. **Dans certains cas**, l'intervention de justice est nécessaire, inévitable ; la voie judiciaire s'impose. Le propriétaire ou la personne qui le représente, du moment que sa volonté est de vendre, ne peut pas procéder autrement. Il en est ainsi pour les ventes qui ne peuvent être faites que par autorité de justice[1].

Voici quelles sont les principales.

1° Les ventes de biens de mineurs (articles 459 C. civ. et 953 C. proc. civ.)[2].

2° Les ventes de biens dotaux, dans les cas où l'aliénation de pareils biens peut être autorisée par justice (articles 1558 C. civ. et 997 C. proc. civ.).

3° Les ventes de biens dépendant d'une succession, quand le partage ne peut être fait à l'amiable (articles 827 C. civ. et 966 C. proc. civ.).

4° Les ventes de biens héréditaires consenties par un héritier bénéficiaire (articles 806 C. civ., 987 et suiv. C. proc. civ.)[3].

445. **Dans d'autres cas**, l'intervention de justice est possible, la vente peut être faite dans les formes judiciaires ; mais les parties peuvent y procéder à l'amiable. Ce sont encore des ventes faites par autorité de justice, mais ce ne sont plus des ventes ne pouvant être faites que par autorité de justice.

Les cas sont rares où la vente peut de la sorte être judiciaire, sans être obligatoirement telle.

Ces cas sont même exceptionnels. En effet, la justice n'a pas à intervenir quand la loi ne l'en charge pas, et doit s'abstenir de le faire : « Les immeubles appartenant à des ma-
« jeurs maîtres de disposer de leurs droits, dit l'article 743
« alinéa 1 du Code de procédure, ne pourront, à peine de nul-

1. Voy. *suprà*, p. 92 et 183.
2. Voy. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 505 et 506.
3. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 330.

« lité, être mis aux enchères en justice lorsqu'il ne s'agira « que de ventes volontaires. » Les motifs de cette règle sont les suivants : d'abord, le temps des magistrats n'est pas fait pour être employé à cette besogne, — en outre, une telle pratique serait préjudiciable aux notaires, qui achètent leurs charges, et dans les attributions desquels rentrent ces sortes de contrats.

Cependant, on peut citer comme ventes publiques volontaires de cette seconde catégorie : 1° les ventes de biens indivis, par application de l'article 815, si tous les cohéritiers sont capables (article 985 C. proc. civ.), — 2° les ventes sur conversion de saisie (article 743 alinéa 2 C. proc. civ.).

446. Ainsi, les ventes purement volontaires sont de deux sortes. L'intervention de justice est obligatoire dans les unes et facultative dans les autres.

447. Les formalités à remplir pour ces ventes publiques volontaires sont indiquées au Code de procédure : articles 953 et suivants pour les ventes de biens de mineurs, —986 et suivants pour les ventes de biens héréditaires par un héritier bénéficiaire, — 997 et suivants pour les ventes de biens dotaux.

De même que pour les ventes publiques forcées, laissons de côté les formes et ne nous occupons de ces distinctions qu'au point de vue civil. La question qui se pose est celle-ci : les particularités que nous avons signalées précédemment, en ce qui concerne les ventes publiques forcées, se retrouvent-elles ici ?

Pas toutes. Il y a des distinctions à faire. Ce sont là points de droit pratique qui présentent une grande importance.

448. La plupart des règles qui régissent les ventes publiques forcées sont applicables aux ventes publiques volontaires.

Donnons seulement trois exemples.

Premier exemple.

L'article 1684, aux termes duquel la rescision pour lésion n'est pas admise dans les ventes qui, d'après la loi, ne peuvent être faites que d'autorité de justice [1], est certainement applicable aux ventes publiques volontaires de la première

1. *Suprà*, n° 430.

espèce, à celles pour lesquelles les formes judiciaires sont obligatoires. Au contraire, il n'est pas applicable aux ventes publiques volontaires de la seconde espèce. Le texte est formel ; il parle des ventes « qui ne peuvent être faites que par « autorité de justice », ce qui exclut évidemment les ventes pour lesquelles l'emploi des formes judiciaires est une simple faculté.

Cette différence s'explique aisément. Dans les ventes publiques volontaires de la seconde catégorie, les parties ne sont pas tenues d'observer toutes les formalités judiciaires et n'en retiennent que ce qu'elles veulent. Le type, en pareille matière, est la vente au cas de partage de succession, si tous les cohéritiers sont capables. L'article 985 du Code de procédure est ainsi conçu : « Lorsque tous les copro-« priétaires ou cohéritiers seront majeurs, jouissant de leurs « droits civils, présents ou dûment représentés, ils pourront « s'abstenir des voies judiciaires ou les abandonner en tout « état de cause et s'accorder pour procéder de telle manière « qu'ils aviseront. » Les garanties inhérentes aux formes judiciaires n'existant plus, le droit commun reprend son empire en ce qui concerne la rescision pour lésion.

Deuxième exemple.

Ce que nous venons de dire de l'article 1684 est vrai de l'article 1649, qui exclut la garantie des vices rédhibitoires « dans les ventes faites par autorité de justice » [1]. Ce texte est certainement applicable aux ventes publiques volontaires de la première espèce. On pourrait même soutenir qu'il est applicable à celles de la seconde espèce, car il est conçu en termes plus compréhensifs que l'article 1684. Cependant l'opinion contraire est préférable ; l'article 1649 doit être interprété de la même manière que l'article 1684 [2]. Les travaux préparatoires prouvent que le législateur a entendu se référer aux mêmes cas dans les deux textes [3].

1. Voy. *suprà*, n° 439.
2. Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 389, texte et note 14 ; — Pau 27 novembre 1867, Sir. 1868.II.10.
3. Voy. Locré, XIV, p. 129, n° 14, — et p. 254, n° 35. — Cpr. Aubry et Rau, IV, p. 416, note 14.

Troisième exemple.

Il est relatif à l'article 1654, qui permet au vendeur de demander la résolution de la vente lorsque l'acheteur ne paie pas son prix[1]. L'action résolutoire n'est pas admise en matière de ventes publiques volontaires. De même que dans les ventes publiques forcées, la résolution se produit ici sous la forme de revente sur folle enchère[2]; l'article 964 du Code de procédure renvoie à l'article 733 du même Code, relatif à la folle enchère en matière de vente forcée. La conséquence est qu'il n'y a pas place non plus pour le privilège du vendeur[3].

449. Il y a donc assimilation sous beaucoup de rapports entre les ventes publiques forcées et volontaires.

Mais l'assimilation n'est pas complète. A deux points de vue, la différence entre les deux espèces de ventes publiques est considérable.

Première différence.

Les ventes publiques volontaires, à l'inverse des ventes publiques forcées[4], quand elles portent sur des immeubles, ne fixent pas définitivement le prix au regard des créanciers hypothécaires ; elles ne valent pas purge[5]. Par conséquent, les créanciers hypothécaires peuvent, comme si la vente avait été faite à l'amiable, exercer leur droit de suite en procédant à une saisie sur l'adjudicataire ; celui-ci doit purger comme un acheteur à l'amiable. C'est le droit commun, tel qu'il résulte de l'article 2166 ; l'article 717 du Code de procédure n'y déroge que dans les adjudications sur saisie et dans les cas assimilés.

Dans l'état actuel des lois de procédure, cette différence s'explique par la considération suivante. Si les ventes publiques forcées purgent les hypothèques, cela tient à deux causes : d'abord à ce que les ventes publiques forcées sont précédées d'une publicité obligatoire et se font aux enchères publiques, ce qui assure le plus haut prix possible, — puis à ce que les créanciers hypothécaires sont reliés à la procédure

1. Voy. *suprà*, p. 195 et suiv.
2. *Ibid.*, nos 431 et 432.
3. *Ibid.*, n° 433.
4. *Ibid.*, nos 435 à 437.
5. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 329 et suiv.

de saisie (article 692)[1]. De ces deux motifs le premier seul subsiste en matière de ventes publiques volontaires ; l'article 692, qui prescrit des notifications aux créanciers inscrits, n'est applicable qu'au cas de vente forcée, et aucune prescription analogue n'est édictée en ce qui concerne les ventes publiques volontaires. Donc, les créanciers trouvent bien ici les garanties que leur assure la mise aux enchères, mais non celles qui résultent de ce qu'ils sont liés à la poursuite ; or, quand on a une hypothèque, on a un droit qui subsiste, tant qu'on n'a pas été personnellement mis en cause ; dès lors, l'adjudication ne purge pas l'immeuble adjugé, et les créanciers conservent leurs droits contre l'adjudicataire comme ils les conserveraient à l'encontre d'un acheteur par vente amiable. Aussi, à l'égard des ventes sur conversion, est-il admis qu'elles purgent ou non les hypothèques selon que la conversion a eu lieu après ou avant les notifications de l'article 692[2].

Si on se place à un point de vue plus général que celui des textes, il faut convenir qu'aucune bonne raison ne justifie ces distinctions. Toutes les ventes judiciaires devraient produire les mêmes effets ; les différences signalées compliquent inutilement la pratique. Pour qu'il ne subsistât aucune utilité à maintenir ces différences, il suffirait d'étendre aux ventes publiques volontaires les prescriptions que l'article 692 du Code de procédure n'a formellement édictées qu'en matière de ventes sur saisie ; les deux situations seraient alors identiques, les créanciers seraient reliés à la saisie dans tous les cas, et l'adjudication vaudrait purge dans tous les cas.

Seconde différence.

Les ventes publiques volontaires n'éteignent pas l'action résolutoire des précédents vendeurs qui n'auraient pas été payés[3]. L'article 717 du Code de procédure, qui restreint le droit des précédents vendeurs, ne s'applique qu'à la vente sur saisie et aux autres ventes forcées qui empruntent les formes de la vente sur saisie ; rien d'analogue n'existe pour les ventes volontaires.

1. Voy. *suprà*, n° 436.
2. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 334 et 335.
3. Voy. *suprà*, n° 434.

Cette différence s'explique par des raisons identiques à celles qui expliquent que les ventes publiques volontaires ne vaillent pas purge [1]. L'article 692 du Code de procédure n'étant pas applicable aux ventes publiques volontaires, les vendeurs non payés ne sont pas prévenus, et il est impossible que leur droit ne reste pas intact.

Il y aurait avantage à supprimer ces complications.

450. Terminons par une dernière indication la comparaison entre les ventes publiques forcées et volontaires.

La question, avons-nous dit [2], est discutée de savoir si l'adjudicataire a droit à garantie dans les ventes publiques forcées. En matière de ventes publiques volontaires, la question ne peut pas même se poser. En effet, puisque la vente, pour judiciaire qu'elle soit, n'en reste pas moins volontaire, c'est le propriétaire lui-même qui vend, ou ses représentants à sa place ; c'est lui qui touche le prix. Aucun doute, dès lors, n'est possible ; si l'adjudicataire est évincé, il a recours en garantie contre le vendeur. Il peut être évincé par l'action en revendication, par la découverte de charges non déclarées, comme l'adjudicataire sur vente publique forcée ; il peut l'être, en outre, par l'action hypothécaire et par l'action résolutoire d'un précédent propriétaire, puisque les ventes publiques volontaires n'opèrent pas purge et ne font pas obstacle à l'exercice de l'action résolutoire.

III. Dispositions communes à toutes les ventes publiques, soit forcées, soit volontaires.

451. Nous en signalerons trois seulement.

Première disposition.

Dans toutes les ventes judiciaires, s'il s'agit d'immeubles, la clause de l'*in diem addictio* [3] est sous-entendue : « Toute personne, dit l'article 708 du Code de procédure, « pourra, dans les huit jours qui suivront l'adjudication, « faire, par le ministère d'un avoué, une surenchère, pourvu « qu'elle soit du sixième au moins du prix principal de la

1. *Suprà*, n° 436.
2. *Ibid.*, n°s 438 et suiv.
3. *Ibid.*, p. 229 et 230.

« vente. » C'est la surenchère dite du sixième, par opposition à la surenchère du dixième en cas de purge (article 2185 C. civ.)[1].

Le but de cette surenchère du sixième est de réparer les surprises de la première heure ; elle constitue une dernière chance, ménagée par la loi, de voir le prix atteindre son maximum[2]. L'adjudication intervenue ne devient définitive que si elle n'est pas suivie, dans la huitaine, d'une surenchère du sixième. Si la surenchère se produit, elle entraîne la résolution de l'adjudication primitive ; et cet effet a lieu de plein droit[3].

La surenchère est un recours applicable dans toutes les ventes judiciaires[4].

Deuxième disposition.

Elle se rattache à une loi qui a réalisé un véritable bienfait au point de vue pratique, la loi du 23 octobre 1884, intitulée loi sur les ventes judiciaires. Cette loi a pour objet de diminuer les frais dans les ventes judiciaires d'immeubles ayant une valeur inférieure à deux mille francs. Antérieurement à la loi du 23 octobre 1884, les ventes judiciaires, par les frais qu'elles entraînaient, absorbaient la valeur des biens vendus.

La loi de 1884 a donné lieu à une Instruction concertée entre l'Administration de l'enregistrement et le Ministre de la justice, instruction en date du 3 décembre 1884, qui est peut-être le traité le plus complet et le mieux fait des ventes

1. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 310 et 332 à 333.

2. La surenchère en cas d'adjudication sur saisie immobilière a été introduite dans notre législation par l'Edit du 3 septembre 1551, dit « Edit des « criées ». Il établit en cette matière l'adjudication « sauf quinzaine », qui était résolue si, dans la quinzaine, se présentait un plus fort enchérisseur.

3. D'après la jurisprudence, la seule survenance d'une surenchère suffit pour effacer l'adjudication d'un immeuble saisi : Cass. 7 décembre 1868, D. P. 1869.I.31, — 26 avril 1881, D. P. 1881.I.405, — Aix 22 juin 1892, D.P. 1892.II.577. — Les auteurs, au contraire, n'attachent généralement cet effet qu'à la revente sur surenchère : Grenier, *Hypothèques*, n° 488 — Persil, *Régime hypothécaire*, n° 11, — Bioche, *Dictionnaire de Procédure*, v° *Surenchère*, n° 320 ; — cpr. Montpellier 30 novembre 1864, D. P. 1865.II.216.

4. Toutefois, il n'y a pas lieu à surenchère du sixième après adjudication prononcée sur folle enchère : trib. de Compiègne 22 novembre 1876, *Le Droit* du 9 décembre, — Alger 7 novembre 1892, D. P. 1894.II.16, — 28 mai 1894, D. P. 1896.II.205. — Cpr. *suprà*, p. 305.

judiciaires et des distinctions qu'il faut établir entre elles [1].

Troisième disposition.

A propos des ventes judiciaires, une difficulté d'attributions s'est élevée qui embarrasse la pratique. Cette difficulté est la suivante.

Les ventes judiciaires d'immeubles, qu'elles soient forcées ou volontaires, sont faites à l'audience des criées (article 705 C. proc. civ.), par le ministère des avoués. Les textes relatifs aux formalités des ventes publiques volontaires renvoient à l'article 705, par exemple l'article 964 relatif aux ventes de biens de mineurs, et l'article 988 concernant les ventes de biens héréditaires en cas d'acceptation bénéficiaire.

Les ventes judiciaires de meubles sont faites, elles aussi, par des officiers ministériels. S'agit-il de meubles incorporels, compétence exclusive appartient aux agents de change ou aux notaires, suivant des distinctions dans lesquelles il ne nous est pas possible d'entrer ici [2]. S'agit-il de meubles corporels, les commissaires-priseurs ont le monopole des ventes judiciaires au chef-lieu de leur établissement; dans les autres localités de leur ressort, ils partagent ce droit avec les notaires, greffiers, huissiers (articles 624 et 625 C. proc. civ., — loi du 25 juin 1841, article 3); enfin, dans certains cas et d'après des distinctions que nous ne saurions présenter ici en détail, les ventes judiciaires de meubles corporels sont faites par des courtiers de commerce (lois du 3 juillet 1861 et du 18 juillet 1866) [3].

L'application de ces principes fait naître deux questions délicates.

La première se pose ainsi. Une maison est un immeuble; les matériaux d'une maison, une fois désagrégés, sont des

1. Voy. le Sir. de 1885, *Lois annotées*, p. 709. — On peut consulter, dans le même ordre d'idées, les circulaires suivantes : 29 décembre 1899, *Lois nouvelles*, 1900. III. 78, — 7 mars 1902, *op. cit.*, 1902.III.247, — 25 octobre 1902. *op. cit.*, 1903.III.39, — 1er décembre 1903, *op. cit.*, 1904. III. 59, — 18 février 1905, *op. cit.*, 1905. III. 157.

2. Cpr. *suprà*, p. 63. — Voy. notamment la circulaire du Ministre de la justice en date du 19 décembre 1902, dans les *Lois nouvelles*, 1903.III.103.

Rappelons en passant que certains meubles incorporels ne sont pas susceptibles d'être vendus. Voy. *suprà*, p. 59 et 63.

3. Voy. sur ces distinctions Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 2e édition, III, nos 218, 228, 235. — Sur les courtiers de commerce, voy. la loi du 8 juillet 1866; cpr. *suprà*, no 97 *in fine*, p. 64, — et *infrà*, no 456.

meubles ; la vente d'une maison pour être démolie n'est elle pas une vente mobilière ? La jurisprudence se prononce en ce sens [1].

La seconde question, beaucoup plus pratique et discutée depuis longtemps, consiste à savoir si les ventes de récoltes sur pied sont des ventes d'immeubles ou des ventes de meubles. Les récoltes sur pied ont une nature immobilière, elles ne deviennent meubles que par leur séparation du sol (article 520 alinéa 2) ; dès lors, il semble que la vente d'une récolte sur pied pour être récoltée est une vente mobilière [2]. Il existe bien une loi qui paraît résoudre la question : la loi du 5 juin 1851 ; mais cette loi n'est pas applicable aux ventes judiciaires, et s'applique exclusivement aux ventes qui, sans avoir le caractère de ventes judiciaires, se font aux enchères publiques [3].

§ 3. — Les ventes aux enchères.

452. Les ventes judiciaires sont des ventes aux enchères ; elles sont faites par adjudication au plus offrant et dernier enchérisseur. Mais une vente peut être faite aux enchères sans avoir aucun caractère judiciaire ; on l'appelle alors vente simplement aux enchères, ou à l'encan. Les ventes judiciaires sont faites par autorité de justice [4], aux enchères publiques, à la suite d'une procédure dont la loi règle les formes ; les ventes simplement aux enchères, ou à l'encan, conservent un caractère amiable ; elles sont faites après telle publicité qu'il plaît aux parties.

La mise aux enchères n'est alors qu'un mode spécial de fixation du prix, un procédé particulier qu'emploient les vendeurs pour se mettre en rapport avec les acquéreurs. Au lieu de traiter de gré à gré, le vendeur fait appel au public et traite avec le plus offrant.

La distinction est importante. En effet, nous l'avons vu,

1. Cass. 25 janvier 1886, D. P. 1886.V.59. — *Contrà* : trib. d'Hazebrouck 26 mars 1881, D. P. 1882.III.7.

2. Aubry et Rau, 4e édition, II, p. 11, — Laurent, V, n° 428 ; — Cass. 25 janvier 1886, D. P. 1886.I.39, — 14 février 1899, D. P. 1899.I.246.

3. Voy. *infrà*, n° 457. — En ce sens : Rouen 17 juillet 1882, Sir. 1883. II.86, — Cass. 30 juillet 1884, Sir. 1885.I.441 (note de M. Chavegrin). — La Cour de Rouen s'était prononcée précédemment en sens contraire : Rouen 10 juillet 1882, Sir. 1884.II.41.

4. Cpr. *suprà*, n° 426, p. 302.

les cas où il y a lieu à vente judiciaire sont limités ; au contraire, tout propriétaire qui veut vendre a le choix, au moins en principe, d'opérer de gré à gré ou aux enchères.

453. Pour les immeubles, toute latitude est laissée [1]. On en a douté quelquefois, à cause de l'article 743 alinéa 1 du Code de procédure. Mais la question n'est plus discutée. Ce que l'article 743 prohibe, ce sont les enchères en justice, à l'audience des criées, non les enchères simples faites par le propriétaire lui-même ou par un mandataire de son choix.

Ainsi, au village, on peut vendre et on vend effectivement des immeubles à la criée, sur la place publique, après quelques roulements de tambour.

Dans les centres importants, notamment à Paris, on vend tous les jours des immeubles en la Chambre des notaires. La Chambre des notaires, au sens propre du mot, est le corps chargé d'exercer le pouvoir disciplinaire sur les membres de la corporation ; dans le local où elle siège, il existe généralement une salle où l'on peut procéder à la vente des immeubles aux enchères. Quelquefois les notaires y procèdent dans une salle du tribunal, mise à leur disposition à cet effet, mais sans aucune intervention de justice ; la vente ne devient pas pour cela une vente judiciaire.

Si le propriétaire veut vendre par acte sous seing privé, il peut procéder lui-même aux enchères, après telle publicité qu'il juge bon. S'il désire donner l'authenticité à la vente, il n'a qu'à recourir à un notaire.

Donc latitude complète est laissée en matière d'immeubles. Aucun texte ne contient la moindre restriction.

454. Pour les meubles, l'usage de la vente aux enchères est encore plus répandu.

Cependant, au point de vue légal, le droit du propriétaire est restreint sous deux rapports.

Première restriction.

455. Les ventes de meubles aux enchères ne sont pleinement autorisées que quand elles ont pour objet des marchandises d'occasion, ayant déjà servi. Elles ne sont permises que sous certaines distinctions quand elles ont pour objet des marchandises neuves.

1. Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 344, texte et note 5.

Les ventes de marchandises neuves en gros, faites par des négociants qui détaillent ensuite aux consommateurs, sont nécessaires. Ce sont ces ventes-là qui alimentent le commerce ; elles en sont la source ; il ne pouvait être question de les restreindre. Les lois qui y sont relatives ne font que les réglementer [1].

En ce qui concerne les ventes au détail, faites pièce à pièce, et qui par là même s'adressent directement au consommateur, le législateur se montre plus sévère. Il regarde avec une certaine défaveur les ventes aux enchères et au détail de marchandises neuves.

Ces ventes, dit-on, présentent un double inconvénient. D'abord, elles sont préjudiciables au commerce établi, au commerce en boutique, qui paie patente ; elles peuvent lui faire une concurrence inégale, car elles n'entraînent pas de frais d'installation, puisqu'elles se font dans un lieu quelconque, en plein air, ou dans une salle louée pour un jour. De plus, elles peuvent occasionner des crises commerciales, en faisant apparaître subitement une masse de marchandises dans un lieu donné, au risque d'écraser le marché.

Peut-être ces inconvénients ne laissent-ils pas d'avoir une contre-partie. Si les ventes qui nous occupent sont préjudiciables au commerce établi, elles sont favorables aux consommateurs ; et on ne voit pas pourquoi, au lieu de sacrifier les consommateurs au commerce établi, on ne les abandonnerait pas tous au péril de la libre concurrence.

Quoi qu'il en soit, la liberté n'est pas laissée par la loi de procéder à des ventes de marchandises neuves aux enchères et en détail. La loi du 25 juin 1841 interdit, dans son article 1, « les ventes en détail des marchandises neuves, à cri public, « soit aux enchères, soit au rabais, soit à prix fixe proclamé, « avec ou sans l'assistance des officiers ministériels ». Et l'article 2 précise la portée de la prohibition [2].

La prohibition n'atteint que les marchandises neuves, autrement dit celles qui font l'objet du commerce ordinaire. Ainsi, une vente de tableaux n'est pas atteinte par la prohi-

1. Voy. sur ce sujet, outre la loi du 22 pluviôse an VII, divers textes plus récents : loi du 28 avril et ordonnance du 26 juin 1816, — loi du 15 mai et ordonnance du 1er juillet 1818, — ordonnance du 9 avril 1819, — loi du 25 juin 1841, — loi du 5 juin 1851, — loi du 28 mai 1858 et décret du 12 mars 1859, — loi du 3 juillet 1861, — décret du 30 mai 1863.

2. Cpr. *suprà*, n° 426.

bition quand elle est faite par l'artiste lui-même ; entre ses mains, le tableau n'est pas une marchandise, et la vente qu'il en fait n'est pas un acte de commerce. Au contraire, une vente de tableaux est atteinte par la prohibition qui nous occupe dans l'hypothèse où elle est faite par un marchand ayant acheté les tableaux, car alors ce marchand accomplit un acte de commerce.

Les nuances, en cette matière, sont fugitives, et il en résulte, dans la pratique, des difficultés journalières [1]. Au surplus, les textes cités, s'ils présentent une assez grande importance pratique, ne contiennent guère que des dispositions réglementaires.

Seconde restriction.

456. Dans les cas où la vente de meubles aux enchères est permise, elle ne peut être faite que par le ministère d'officiers publics investis, à titre de monopole, du pouvoir d'y procéder (loi du 22 pluviôse an VII, article 1)[2]. Ce sont, sous des distinctions inutiles à faire ici : les notaires, greffiers, huissiers, les commissaires-priseurs, courtiers de commerce et facteurs de marchés publics [3].

Pourquoi ce monopole, alors qu'il n'existe aucun monopole semblable en matière d'immeubles ? On n'explique jamais les monopoles d'une manière péremptoire. On a essayé de justifier celui-ci de la façon suivante. Les ventes de meubles aux enchères ne sont pas toujours permises, nous venons de le voir ; dès lors, la loi a voulu assurer le respect des prohibitions qu'elle établit par la présence obligatoire d'un officier public, dont la responsabilité serait engagée au cas de violation des prohibitions légales. La sanction est édictée par l'article 7 de la loi de 1841 : « Toute contravention aux dispo-
« sitions ci-dessus sera punie de la confiscation des marchan-
« dises mises en vente, et, en outre, d'une amende de 50 à
« 3.000 francs, qui sera prononcée solidairement, tant con-
« tre le vendeur que contre l'officier public qui l'aura assisté,
« sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu. — Ces
« condamnations seront prononcées par les tribunaux correc-

1. Voy. les *Pandectes françaises alphabétiques*, v° *Adjudications mobilières*, n°s 1027 et suiv.
2. Voy. *suprà*, p. 64.
3. Aubry et Rau, IV, p. 344.— Cpr. *suprà*, p. 320.

« tionnels. » Sans la nécessité de recourir à un officier public, l'intéressé aurait procédé lui-même à la vente, et il ne serait resté aucune trace de la contravention. Le monopole est donc une garantie d'exécution des lois qui limitent le droit de vendre des meubles aux enchères.

457. Nous retrouvons ici le conflit que nous avons déjà signalé entre les commissaires-priseurs et les notaires, en ce qui concerne les ventes de récoltes sur pied [1]. Si ces ventes ont un caractère mobilier, les commissaires-priseurs et les autres officiers publics que nous avons signalés ont le monopole d'y procéder quand elles se font aux enchères ; si ce sont des ventes immobilières, le propriétaire peut les faire aux enchères soit lui-même, soit par l'intermédiaire d'un mandataire de son choix, par exemple un notaire intervenant comme mandataire.

Il a fallu une loi pour mettre d'accord, à cet égard, les commissaires-priseurs et les notaires. C'est la loi du 5 juin 1851. Elle a tranché le conflit en reconnaissant à tous les intéressés un droit égal, en autorisant les notaires à procéder à ces ventes concurremment avec les commissaires-priseurs et même avec d'autres : « Les ventes publiques volontaires, soit à terme, soit au comptant, de fruits et de « récoltes pendants par racines, et des coupes de bois taillis, « seront faites en concurrence et au choix des parties par les « notaires, commissaires-priseurs, huissiers et greffiers de « justice de paix, même dans les lieux de la résidence des « commissaires-priseurs. » Le texte, après les mots « ventes « publiques », ajoute le qualificatif « volontaires », afin d'indiquer que les ventes judiciaires restent soumises aux lois spéciales qui les régissent ; la loi de 1851, nous avons eu déjà l'occasion de le dire, s'applique uniquement aux ventes non judiciaires faites aux enchères [2].

Il faut signaler, d'ailleurs, que le conflit, en ce qui concerne ces ventes visées par la loi de 1851, a reparu, depuis 1851, sous une autre forme. La loi de 1851 parle des récoltes pendantes par branches et par racines et des bois taillis. Que décider à l'égard des bois de haute futaie, puis à l'égard des ventes de peupliers sur pied ? Le propriétaire peut-il y procéder lui-même, ou donner mandat à un notaire d'y pro-

1. Voy. *suprà*, p. 321.
2. *Ibid.*, — et la note de M. Chavegrin dans Sir. 1885.I.441.

céder en son nom ? Les discussions sont incessantes [1]. La Cour de cassation maintient que ce sont des ventes d'immeubles, pour lesquelles les propriétaires ont toute liberté [2].

Notons enfin qu'une difficulté analogue se présente en ce qui concerne la vente d'une maison pour être démolie. Nous avons déjà rencontré la question, et il suffit de la rappeler ici en passant [3].

458. Laissons de côté ces textes, et un certain nombre d'autres, qui ont trait à la forme ou à la compétence en matière de ventes aux enchères. Et revenons à la seule question qui intéresse le droit civil. Ces ventes aux enchères, soit d'immeubles, soit de meubles, restent-elles soumises au droit commun de la vente, ou bien existe-t-il, en ce qui les concerne, des dérogations à ce droit commun ?

La réponse est simple. Les ventes aux enchères restent absolument soumises au droit commun. Les particularités que nous avons signalées à propos des ventes judiciaires ne leur sont applicables en aucune mesure. C'est qu'en définitive les ventes aux enchères, bien que faites aux enchères, n'en conservent pas moins le caractère de ventes privées, ce qui entraîne des conséquences importantes. D'une part, il y a place pour la garantie des vices rédhibitoires (article 1649) [4] et pour la rescision en cas de lésion s'il s'agit d'immeubles (article 1684) [5]. D'autre part, il y a lieu à résolution pour défaut de paiement du prix, dans les termes du droit commun, et non à folle enchère [6]. Il faut ajouter que l'adjudicataire, s'il s'agit d'immeubles, est obligé de purger ; il peut être actionné par l'action hypothécaire, puis par l'action en résolution du vendeur non payé [7]. Enfin l'adjudicataire a droit à la garantie en cas d'éviction [8].

En résumé, ces ventes ne sont l'objet d'une réglementation spéciale qu'au point de vue des conditions sous lesquelles elles sont permises. A tous autres égards le droit commun leur demeure applicable.

1. *Pandectes françaises alphabétiques*, v° *Adjudications mobilières*, n°s 668 et suiv.
2. Voy. Cass. 14 novembre 1883, *La Loi* du 13 janvier 1884.
3. Voy. *suprà*, p. 320 et 321.
4. *Ibid.*, p. 308, 315 et 318 ; — Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 431.
5. *Ibid.*, p. 304 et 314.
6. *Ibid.*, p. 304 et 316. — Cependant, à l'hôtel Drouot de Paris, on applique les articles 624 et 740 du Code de procédure civile.
7. *Suprà*, p. 306 et 307.
8. *Ibid.*, p. 309 et 318.

§ 4. — Les ventes commerciales.

459. Les commerçants pratiquent la vente du droit commun, telle que le droit civil l'organise et telle que nous l'avons décrite, ayant pour objet une ou plusieurs choses déterminées, entraînant pour l'une des parties l'obligation de livrer, pour l'autre celle de payer le prix.

Les ventes dites commerciales sont plutôt des procédés particuliers de négoce que des ventes vraiment spéciales. Aussi nous bornerons-nous, sur ce point, à quelques indications sommaires [1].

460. Les procédés usités sous le nom de ventes commerciales ont été imaginés pour faciliter la spéculation dont le commerce vit, pour multiplier les transactions en évitant les frais et embarras de la délivrance par le vendeur, de l'enlèvement par l'acheteur, en un mot les frais et embarras résultant du déplacement de la chose vendue. Ils consistent, en fin de compte, dans l'emploi de l'endossement, qui n'est qu'un mode de cession de créance, comme moyen de vendre des marchandises.

A l'origine et pendant longtemps, les transactions ont porté sur les choses elles-mêmes ; c'est le procédé primitif, le troc. Plus tard, on a songé à figurer les choses par un titre se prêtant plus commodément à être transféré d'une personne à une autre, transporté d'un lieu dans un autre. Finalement, on a remplacé les marchandises par un titre,et les transactions se sont opérées non plus sur les marchandises, mais sur un signe les représentant. Ajoutons que les titres servant ainsi à remplacer les marchandises peuvent être des effets de commerce négociables, c'est-à-dire transmissibles par voie d'endossement quand ils sont à ordre et par simple tradition quand ils sont au porteur. Il est aisé de comprendre que l'emploi de procédés aussi perfectionnés facilite la circulation des marchandises, économise les frais de transport, et favorise, par conséquent, la spéculation.

Telle est l'idée qui domine le commerce moderne. Elle a aujourd'hui de nombreuses applications pratiques, dont nous allons indiquer les plus notables.

1. Voy. pour plus de détails Ripert, *Essai sur les ventes commerciales*, Paris, 1875,— Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 2e édition, III, p. 105 et suiv.,— et Thaller, *Traité élémentaire*, 3e édition, p. 514 et suiv.

461. Voici quels sont les principaux effets de commerce envisagés comme procédés de vente [1].

1° **Les récépissés et warrants** délivrés par les magasins généraux (loi du 28 mai 1858). — Ces magasins reçoivent les marchandises et en délivrent des récépissés aux déposants, qui les négocient aux lieu et place des marchandises elles-mêmes. La transmission des récépissés vaut vente des objets déposés ; le cessionnaire du récépissé devient propriétaire, en ce sens qu'à lui seul désormais appartient le droit de retirer les marchandises. De cette façon, toute une série de ventes peuvent se succéder à propos des mêmes marchandises, sans nécessiter aucun transport et sans entraîner, par conséquent, aucuns frais. Les récépissés, dans les transactions, figurent et remplacent les marchandises (articles 3 et 4 de la loi de 1858).

Le régime établi par la loi de 1858 en ce qui concerne les warrants délivrés par les magasins généraux a été étendu, dans ses grandes lignes, aux warrants agricoles, par la loi du 18 juillet 1898, dont nous avons parlé, et qui a été modifiée par la loi du 30 avril 1906 [2].

2° **Les lettres de voiture** (article 102 C. com.). — Le destinataire auquel des marchandises sont adressées négocie la lettre de voiture ; la transmission de la lettre vaut vente des marchandises expédiées, et le cessionnaire de la lettre devient par là même propriétaire des marchandises. Une série de ventes peuvent intervenir pendant que la marchandise voyage ; le cessionnaire porteur de la lettre au moment de l'arrivée prendra livraison [3].

3° **Le connaissement** (articles 281 et 283 C. com.). — C'est la lettre de voiture appliquée aux transports maritimes, l'acte qui prouve le chargement. Le destinataire négocie le connaissement ; le cessionnaire devient, par là même, propriétaire des marchandises et en prend livraison à l'arrivée [4].

Ces trois combinaisons ne sont pas autre chose, en définitive, que le système de la lettre de change étendu à la vente

1. Cpr. *suprà*, n°s 88, 375 et suiv., 380 et suiv., ; — *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 132, 143 et 144.
2. Voy. *suprà*, p. 272, note 3.
3. Voy. pour plus de détails : Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 2e édition, III, p. 414, — Thaller, *Traité élémentaire*, 3e édition, n° 1179.
4. Voy. Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, V, p. 466, — Thaller, *loc. cit.*, n° 1030.

des marchandises. La lettre de change et les effets similaires remplacent la monnaie et circulent à sa place ; le cessionnaire acquiert le droit de toucher à l'échéance les sommes portées au titre, de telle sorte qu'entre l'émission et l'échéance le titre circule au lieu de monnaie : une série de paiements peut s'effectuer sans aucun déplacement de monnaie. De même ici, au moyen des récépissés et warrants, des lettres de voiture et des connaissements, les marchandises circulent figurées par le titre qui les représente ; une série de ventes peut s'effectuer sans aucun déplacement de marchandises. Si on combine les deux procédés, les ventes se font sans aucun déplacement de marchandises, les paiements sans aucun déplacement de monnaie ; les transactions commerciales se résolvent en mouvements de titres.

462. Aux combinaisons qui viennent d'être signalées et qui sont consacrées par la loi, la pratique moderne a ajouté un procédé nouveau, qui est né de l'usage, celui des ventes dites par filière [1].

Cette innovation consiste tout simplement dans l'application des procédés dont nous venons de parler aux ventes qu'on appelle ventes à livrer.

463. On entend par ventes à livrer des ventes dans lesquelles le vendeur a un terme pour la livraison, des ventes qui ont pour objet non des corps certains, mais des choses déterminées seulement *in genere*, de telle sorte que le vendeur peut les vendre sans les avoir, se réservant de se les procurer en temps utile [2]. Elles impliquent toujours un transfert de propriété ; seulement ce transfert, au lieu de s'opérer lors du contrat, comme dans les ventes de corps certains, ne se réalisera que par la livraison (article 1245) [3]. En d'autres termes, l'acheteur n'acquiert par la vente qu'une créance de livraison à une échéance déterminée ; et de là vient le nom de ventes à livrer qui a été donné à ces ventes.

Dans la conception générale de ces ventes, l'obligation de livrer à l'échéance incombe au vendeur lui-même ; normalement, les effets du contrat se produisent entre le ven-

1. Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, III, p. 139 et suiv., — et Thaller, *loc. cit.*, nos 1036 et suiv. — Voy. aussi Ripert, *Essai sur les ventes commerciales*, p. 192 et suiv.
2. Voy. *suprà*, p. 56 et suiv.
3. *Ibid.*, n° 21, p. 17. — Cpr. *Les contrats et les obligations*, p. 194.

deur et l'acheteur. Mais rien ne s'oppose à ce qu'il soit convenu entre les parties que le vendeur se libérera en désignant un tiers qui effectuera la livraison en son lieu et place, ou même à ce qu'il remette à l'acheteur, dès le moment de la vente, un ordre de livraison à l'échéance, soit sur lui-même, soit sur un tiers. Rien ne s'oppose non plus à ce que l'acheteur négocie l'ordre de livraison qui lui est remis de la sorte ; le droit à la livraison appartiendra à la personne qui sera porteur de l'ordre lors de l'échéance. Ces ordres de livraison peuvent être à ordre et, par là même, se transmettre par voie d'endossement [1].

Tout le mécanisme des ventes par filière se ramène à ce que nous venons de dire. Le vendeur crée un ordre de livraison, soit sur lui-même, soit sur un tiers, et il le passe à l'acheteur ; celui-ci le remet à son propre acheteur, et ainsi de suite, jusqu'à ce que le porteur, lors de l'échéance, réclame la livraison. Plusieurs ventes à livrer des mêmes marchandises se succèdent de la sorte, sans qu'aucune livraison intervienne, si ce n'est la livraison finale. On économise ainsi les frais de déplacement, et on évite que la marchandise arrive au dernier acheteur grevée de frais de transport. Les transactions se succèdent ayant pour objet l'ordre de livraison et non la marchandise elle-même. La filière est la suite de ces ventes successives, qui s'exécutent à l'aide de la transmission de l'ordre de livraison.

Le premier vendeur, dans l'usage commercial, est appelé livreur ; c'est lui qui, à l'échéance, livrera la marchandise. Le dernier acheteur est appelé réceptionnaire ; c'est lui qui recevra la marchandise.

Cette manière de procéder est très usitée relativement à certaines marchandises sur lesquelles porte principalement la spéculation. Dans l'intervalle entre la création de la filière par le livreur et la date de la livraison, l'ordre circule comme un effet de commerce ; la transmission de l'ordre vaut cession du droit à la livraison [2]. De sorte que les ventes par filière rendent, à propos des ventes à livrer, un service analogue à celui que procure la négociation des récépissés en matière de marchandises déposées dans les magasins

1. L'ordre de livraison est dit *en droiture* quand il est à personne dénommée. Il peut être établi non seulement à ordre, mais au porteur.
2. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 2e édition, III, p. 140.

généraux. Rien de plus simple, rien de plus fécond en conséquences que cette combinaison.

A l'échéance et lors de la livraison, il y a lieu à un règlement. Si le prix des ventes successives a été constamment le même, le réceptionnaire, en payant le prix au livreur, libère les acheteurs intermédiaires ; ils n'ont ni gagné ni perdu à intervenir dans la filière. Si les prix ont varié, ce qui est le cas habituel, le règlement s'opère de telle sorte que chaque acheteur fasse compte de l'écart, en plus ou en moins, entre ce qu'il doit à son vendeur et ce qui lui est dû par son acheteur [1].

L'usage de ce procédé s'est tellement répandu que le règlement des filières constitue, dans les places de commerce importantes, une véritable profession. Les liquidateurs s'appellent des filiéristes.

464. Maintenant, quelle est, au point de vue du droit, la nature de cette combinaison ?

Elle n'est pas autre chose qu'une application pure et simple de la cession de créance. La vente à livrer a donné à l'acheteur une créance de livraison contre le vendeur ; cette créance, l'acheteur la cède à une tierce personne, qui la cède à une autre, et ainsi de suite ; le titulaire de la créance lors de l'échéance s'appelle le réceptionnaire ; il est créancier du vendeur, lequel joue le rôle de débiteur cédé et s'appelle le livreur. Seulement, comme l'ordre de livraison, titre de la créance, est négociable, l'article 1690 n'est pas applicable ; les cessionnaires successifs n'ont ni à signifier le transport au livreur, ni à obtenir son acceptation.

Donc les effets de la filière doivent être établis par application des règles de la cession de créance et de l'endossement. La jurisprudence abonde en décisions sur les applications de ces idées ; la vente par filière a aujourd'hui son système légal, né de l'usage et consacré par les tribunaux [2]. Il y a là toute une théorie intéressante, dont nous n'avons

1. Lors de l'échéance, on peut liquider la filière par un simple calcul de différence. Le procédé de négoce est alors détourné de sa destination et devient une forme du jeu.

2. Voy. notamment les décisions suivantes : trib. de la Seine 13 avril 1883, *La Loi* du 25 juin, — 22 janvier 1884, *Le Droit* du 4 février, — 22 février 1884, *La Loi* du 24 mars, — trib. de com. de la Seine 29 octobre 1884, *La Loi* du 30 janvier 1885, — Paris 6 mars 1885, *Le Droit* du 4 mai, *La Loi* du 23 mars, — 26 mars 1885, *Le Droit* du 9 mai, — 10 avril 1885, *La Loi* du 28 avril, — 23 juin 1885, *Le Droit* du 11 juillet, — 30 novembre 1886, *Le Droit* du 6 mars 1887.

pu donner qu'une idée sommaire, tout à fait en passant, car elle appartient au droit commercial[1].

465. Insistons cependant sur un point. Il n'existe de rapports directs qu'entre ceux des intervenants à la filière qui ont été parties à une même vente ; chaque vendeur est obligé vis-à-vis de son propre acheteur, et chaque acheteur peut, si l'ordre n'est pas exécuté à l'échéance, s'adresser à son vendeur immédiat. Quant au réceptionnaire, créancier du livreur, il est débiteur du prix ; il en est débiteur au regard de son propre vendeur, comme au cas de ventes successives du même objet, mais il se libère aux mains du livreur.

De là les trois conséquences suivantes.

1° Si, à l'échéance, le receptionnaire ne prend pas livraison, le vendeur fait revendre la marchandise (article 1657). En cas de perte, c'est-à-dire dans le cas où la nouvelle vente ne produit pas autant que la vente primitivement consentie par le vendeur, celui-ci a un droit de recours contre son propre acheteur.

2° Si, à l'échéance, le livreur n'effectue pas la livraison, le réceptionnaire a le droit de faire acheter la marchandise au cours. En cas de perte, c'est-à-dire dans le cas où le prix de cet achat est supérieur au prix de la vente primitivement consentie au réceptionnaire, celui-ci a un droit de recours contre son propre vendeur.

3° Si, à l'échéance, le marché s'exécute, il y a lieu à règlement entre les vendeurs successifs. Le livreur est créancier du réceptionnaire.

§ 5. — La dation en paiement.

466. La dation ou cession en paiement est prévue par l'article 1243 : « Le créancier ne peut être contraint de recevoir « une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur « de la chose offerte soit égale ou même plus grande. »

Ce texte présente la dation en paiement comme étant un paiement[2]. Mais, si on analyse l'opération dans ses éléments de fait, elle apparaît comme ressemblant tantôt à une vente, tantôt à un échange ; elle aboutit aux conséquences juridiques de l'un ou de l'autre de ces deux contrats.

La dation en paiement est un échange lorsque le débiteur

1. Voy. les références indiquées à la p. 329, note.
2. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 480 et suiv.

devait non pas une somme d'argent, mais un corps certain, et lorsque le créancier, au lieu de la chose due, en reçoit une autre. Le débiteur se trouve finalement dans la même situation que si, ayant reçu la chose due, il l'avait ensuite échangée contre la chose qu'il reçoit maintenant. Les parties se sont donné réciproquement une chose pour une autre, *rem pro re* ; or telle est précisément la définition que l'article 1702 donne de l'échange [1].

La dation en paiement est une vente quand le débiteur devait une somme d'argent, et que le créancier accepte à la place une chose autre, meuble ou immeuble. En effet, le débiteur a reçu *rem pro pretio*. Aussi la loi romaine disait-elle explicitement que donner en paiement c'est vendre : *hujus modi contractus vicem emptionis obtinet* [2].

Le Code civil se place au même point de vue. Il assimile la cession en paiement à la vente et la considère comme une variété de ce contrat.

Il fait cette assimilation dans deux articles.

D'abord dans l'article 1595, qui signale trois cas de cession en paiement comme autant d'exceptions à la prohibition de la vente entre époux [3]. Cela implique l'identité juridique entre la dation en paiement et la vente.

En second lieu, dans l'article 1701-2°, qui écarte l'application d'une des règles de la vente en matière de cession en paiement : il n'y a pas lieu à retrait litigieux en cas de *datio in solutum*. Cela suppose encore l'assimilation des deux opérations en principe.

La seule différence entre les deux opérations est la suivante. La vente n'implique la préexistence d'aucun rapport juridique entre les parties ; la dation en paiement, au contraire, ne se comprend pas sans un rapport d'obligation préexistant.

En un mot, la *datio in solutum* est un paiement, mais qui se manifeste sous la forme soit d'une vente, soit d'un échange, et qui en produit les effets.

De là toute une série de conséquences.

467. La *datio in solutum* est un paiement. Donc elle entraîne extinction de l'obligation et de ses accessoires, notam-

1. Voy. *suprà*, n° 2.
2. Constit. 4, Code de Justinien, *De evictionibus*, VIII, 47.
3. *Suprà*, p. 42 et suiv.

ment du cautionnement, puis des privilèges et hypothèques. Dans les articles 1234, 2034 et 2180, le mot « paiement » désigne non seulement le paiement proprement dit, mais la dation en paiement[1].

468. La *datio in solutum* est une vente ou un échange. Raisonnons dans l'hypothèse où elle est une vente. Voici les conséquences qui se dégagent.

1° Elle doit être transcrite si la chose cédée en paiement est un immeuble, car alors la *datio in solutum* constitue un acte translatif de propriété immobilière.

2° Les règles relatives à la capacité en matière de vente reçoivent ici leur application[2] ; qui ne peut vendre ne peut donner *in solutum*, qui ne peut acheter ne peut recevoir *in solutum*. L'assimilation apparaît manifestement à l'article 1595, qui, nous venons de le rappeler, autorise, sous le nom de vente entre époux, trois opérations de dation en paiement ; pour le même motif, la prohibition inscrite dans l'article 1597 s'étend à la dation en paiement[3].

3° Le débiteur peut invoquer la rescision pour lésion (article 1674) s'il a remis à son créancier, en paiement d'une dette d'argent, un immeuble dont la valeur dépasse de plus des sept douzièmes le prix pour lequel il a été cédé.

4° L'action pour vices rédhibitoires est ouverte au profit des créanciers, par analogie avec les principes généraux de la vente.

5° La *datio in solutum* est passible des droits de vente et non des droits de quittance. Il est vrai que l'opération présente un caractère mixte, participant à la fois du paiement et de la vente ; mais c'est une règle, en matière d'enregistrement, que sur les actes de ce genre on acquitte les droits afférents à la stipulation principale[4].

6° Le privilège du vendeur s'exerce en cas de soulte stipulée à son profit[5].

469. Toutefois, il ne faut pas aller jusqu'à dire que l'assimilation est complète entre la vente et la dation en paie-

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 480, — *Les sûretés personnelles et reelles*, tome I, p. 115, — tome II, p. 428 et suiv.
2. Voy. *suprà*, p. 31 et suiv.
3. *Ibid.*, p. 33 et suiv.
4. Demante, *Principes de l'enregistrement*, 4e édition, I, nos 71 et 163.
5. Aubry et Rau, 4e édition, III, p. 168 et 169. — Cpr. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 8, n° 503.

ment. Il existe entre les deux opérations trois différences qui les distinguent.

Première différence.

La vente implique l'idée d'un transfert de propriété, mais non pas toujours d'un transfert immédiat. Tantôt elle réalise le transfert, tantôt elle oblige seulement le vendeur à l'effectuer, selon des distinctions faites précédemment[1].

La dation en paiement, au contraire, implique nécessairement la translation immédiate de la propriété. Elle est essentiellement un transfert de propriété à titre de paiement ; c'est l'application de l'article 1238.

Deuxième différence.

Elle est relative aux effets de la dation en paiement et apparaît dans une hypothèse toute spéciale.

La *datio in solutum*, avons-nous dit [2], produit les effets d'une vente, avec compensation entre le prix que le créancier devrait comme acheteur et la somme qui lui était due. Supposons que la dette, dont le *solvens* se croyait tenu et pour l'acquittement de laquelle il effectue une *datio in solutum*, n'existe pas en réalité. Le *solvens* a le droit de réclamer la chose remise *in solutum*, par application de l'article 1377, car il y a eu paiement de l'indu [3].

Or il en est autrement s'il y a véritablement vente et que l'acheteur ait payé son prix par compensation, en compensant sa dette avec une créance qu'il croyait avoir contre le vendeur et dont le vendeur se croyait tenu envers lui. Qu'arrivera-t-il si la créance n'existe pas réellement ? Le vendeur, créancier de son prix, pourra exiger ce prix. La vente tient ; l'acheteur est devenu et reste propriétaire ; seulement, le vendeur, que l'on croyait payé par compensation et qui se trouve ne pas l'être, pourra réclamer son paiement en justice.

Ainsi, lorsque la dette est inexistante, dans le cas de *datio in solutum* le *solvens* répète la chose donnée en paiement, dans la vente il poursuit seulement le paiement du prix convenu. Cette différence est importante, ne fût-ce que pour savoir si le privilège du vendeur peut être invoqué.

1. *Suprà*, p. 10 et suiv.
2. *Ibid.*, n° 466.
3. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 720.

Troisième différence.

Elle est contestée. Elle apparaît lorsque l'acheteur dans la vente, ou le créancier *accipiens* dans une *datio in solutum*, vient à être évincé [1].

L'acheteur évincé a droit à la garantie, conformément à l'article 1626. Notamment, il profite de l'accroissement de valeur que la chose peut avoir acquis au temps de l'éviction (articles 1630 et 1633) [2].

En est-il de même du créancier, qui, dans la *datio in solutum* considérée comme vente, joue le rôle d'acheteur? L'*accipiens* évincé a-t-il droit à la garantie? La question est controversée. Deux opinions sont en présence.

D'après les uns [3], le créancier évincé n'agit pas contre le *solvens* par l'action en garantie, mais en vertu de la créance dont il était titulaire, créance que l'on a cru éteinte par la *datio in solutum* et qui ne l'a pas été. La *datio in solutum*, disent les partisans de cette opinion, n'opère qu'une extinction conditionnelle, subordonnée à la translation de la propriété ; en cas d'éviction, le créancier se trouve ne pas avoir été payé, et garde le droit de l'être ; aussi n'a-t-il droit qu'au montant de sa créance originaire.

Cette opinion n'est pas acceptable ; les considérations sur lesquelles elle s'appuie sont dénuées de fondement juridique [4]. Le même raisonnement conduirait à écarter la garantie en matière de vente ; car on pourrait dire ceci : lorsque l'acheteur est évincé, la vente, qui était subordonnée à la condition que l'acheteur ne serait point dépossédé, n'a pas eu lieu, et par conséquent l'acheteur a simplement droit à la restitution du prix payé sans cause. Or cette manière de voir n'est pas celle qu'admet l'article 1630 ; l'éviction ouvre l'action en garantie, qui comprend, il est vrai, la restitution du prix, mais qui comprend autre chose. Il en est de même ici ; l'éviction que subit l'*accipiens* ouvre pour lui l'action en garantie ; il a droit à la somme qui lui était due, mais son droit va plus loin. Pour

1. Voy. Aubry et Rau, 4e édition, III, p. 485, — IV, p. 221.
2. Voy. *suprà*, p. 151.
3. Troplong, *Des privilèges et hypothèques*, IV, p. 847 et suiv., — Pont, *Privilèges et hypothèques*, n° 1230.
4. Voy. Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 221.

lui reconnaître ce droit étendu, pas n'est besoin d'assimiler la dation en paiement à une vente ; la garantie est due à tout acquéreur à titre onéreux [1], et l'*accipiens* a certainement cette qualité, puisqu'il a acquis *rem pro pretio*.

Au surplus, il n'est guère admissible que l'obligation éteinte puisse revivre. L'action du créancier, au cas où il est évincé, prend sa source dans l'obligation de garantir qu'engendre la dation en paiement.

Le Code présente plusieurs applications de cette idée ; notamment dans l'article 1281, relatif à la novation [2], et dans l'article 2038. Aux termes de ce dernier article, l'acceptation volontaire par le créancier d'un immeuble ou d'un effet quelconque, en paiement de la dette principale, décharge la caution, encore que l'*accipiens* vienne à être évincé [3].

Quant aux privilèges et hypothèques attachés à l'ancienne créance, renaissent-ils dans le cas où le créancier vient à être évincé de la chose qu'il a reçue en paiement? Les auteurs se prononcent généralement pour la négative [4]. Il n'existe pas, du moins à notre connaissance, d'arrêt sur cette question [5].

Dans la pratique, on considère généralement la *datio in solutum* comme une vente, engendrant au profit du créancier et à la charge du débiteur l'obligation de garantir (article 2038). Cela ne veut pas dire que le créancier soit dépourvu d'action ; seulement ce n'est plus en vertu de son droit primitif qu'il peut agir, c'est en vertu de la garantie que lui doit le *solvens*.

Voilà deux différences certaines et une troisième contestée entre la vente et la dation en paiement. A ces différences près, la *datio in solutum* est assimilée à la vente, et il faut lui appliquer les règles qui régissent ce contrat.

1. Voy. *suprà*, p. 128 et 129.
2. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 517.
3. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 115.
4. En ce sens, Aubry et Rau, 5e édition, III, p. 812, texte et note 4, — Demolombe, *Contrats*, V, nos 288 à 293, — Laurent, XVIII, p. 323, — Demante et Colmet de Santerre, IX, n° 162 *bis* II, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2251.
5. Cpr. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 430 et 431.

SECONDE PARTIE

LE LOUAGE

470. Le louage est réglementé par le Code civil avec une certaine abondance de détails. Cent vingt-quatre articles y sont consacrés : de 1708 à 1831.

Cette insistance du législateur s'explique aisément. D'une part, le louage est un contrat éminemment usuel. D'autre part, et à raison même du caractère pratique de ce contrat, l'expérience a depuis longtemps dégagé un grand nombre des combinaisons auxquelles il donne lieu. Dès lors, il était utile, pour prévenir les contestations, qui sans cela eussent été journalières, — et il était possible, l'expérience aidant, de prévoir et de régler la plupart des détails d'application.

C'est ce qu'a fait le législateur de 1804. Il a traité longuement du louage. On peut même lui reprocher d'avoir dépassé la mesure. Il y a, dans le titre *Du contrat de louage*, des textes consacrés à des définitions grammaticales, d'autres, en assez grand nombre, qui ne sont que l'application directe du droit commun des conventions, d'autres enfin qui règlent des détails de pure pratique ; toutes dispositions superflues, car elles ne rentrent pas dans le domaine législatif et auraient pu être abandonnées à l'usage, qui est le complément naturel des lois.

De cet ensemble nous allons essayer de dégager quelques notions générales, formant en quelque sorte le cadre doctrinal du sujet, afin de mettre à leur vraie place les questions de principes, qui méritent seules de fixer l'attention.

Le dépouillement des textes nous conduira, d'ailleurs, à constater que les articles 1708 à 1831, s'ils sont surabondants

en ce qui concerne certaines formes du louage, sont d'un laconisme excessif sur divers points. L'évolution des faits et des idées, dans l'ordre économique, a donné au contrat dit de louage d'ouvrage [1] une importance pratique qu'il n'avait pas en 1804 ; le Code civil est devenu insuffisant à cet égard, et la question est agitée de savoir s'il ne conviendrait pas d'y introduire un titre nouveau, complémentaire de celui *Du contrat de louage*, et qui s'occuperait *Du contrat de travail*.

De sorte que le titre dont nous commençons l'étude est tout à la fois plus long qu'il ne faudrait sous un rapport et incomplet sous un autre.

471. Le contrat de louage suppose, comme tous les contrats, le concours de deux personnes. Chacune d'elles s'engage envers l'autre ; l'une donne à louage, l'autre prend à louage.

Les Romains se servaient d'un mot composé pour désigner ce contrat : *locatio conductio*. *Locare*, c'était louer, autrement dit donner à louage ; *conducere*, c'était également louer, mais dans le sens de prendre à louage. Le mot *locatio* désignait le contrat envisagé par rapport à la personne qui donne à louage, et elle s'appelait le *locator* ; le mot *conductio* désignait le contrat envisagé par rapport à la personne qui prend à louage, et elle s'appelait le *conductor* ; l'opération prise dans son ensemble s'appelait *locatio conductio*.

La langue française n'a qu'un substantif pour désigner le contrat : louage ; elle n'a qu'un verbe aussi pour exprimer l'acte des deux parties : louer. De là des équivoques fréquentes dans les textes. Elles compromettent parfois la clarté des idées et ne peuvent être évitées qu'au prix d'une attention spéciale.

Dans certaines variétés du louage, les deux rôles de *locator* et de *conductor* sont désignés sous des dénominations particulières. D'ordinaire, ils ne le sont que par les termes génériques.

472. Classons d'abord ces variétés du louage. Le classement fournira le cadre nécessaire à l'exposé des règles de droit.

Le louage, considéré à un point de vue général, est, de même que la vente [2], une simple variété de l'échange. Tout louage

1. Voy. *infrà*, n° 474.
2. Voy. *suprà*, n° 2.

consiste dans l'échange d'un service contre un prix. Le *locator* rend un service et reçoit une rémunération ; le *conductor* reçoit le service et rémunère la personne qui le lui rend. En ce sens, le caractère constitutif du contrat est toujours le même ; il n'y a qu'une sorte de louage, consistant dans l'échange d'un service contre un prix.

Cependant, la tradition a toujours reconnu et le Code civil reconnaît trois espèces de louages, selon la nature du service qui fait l'objet de l'obligation du *locator*, autrement dit l'objet du contrat.

Première espèce.

473. C'est le louage de choses, que les Romains appelaient *locatio conductio rerum*. L'article 1708 indique cette variété du louage, l'article 1709 en donne la définition. L'une des parties met sa chose, meuble ou immeuble, au service de l'autre, moyennant un prix que celle-ci s'oblige à lui payer.

Le service que rend le *locator* et qui forme l'objet du contrat est la mise de la jouissance d'une chose à la disposition d'autrui, moyennant rétribution. De là le mot *bail*, qui est employé plus particulièrement en ce qui concerne le louage des choses. Les mots bail, baillie, bailliage, signifient jouissance, garde, tutelle ; avoir en sa baillie veut dire avoir en sa jouissance ; bailler veut dire remettre en jouissance, donner, fournir, procurer [1].

Le louage est une des formes de l'exploitation du capital. Tout ce qui rentre dans le capital *lato sensu*, en d'autres termes tout ce qui est ou peut devenir un instrument de travail, est susceptible d'être loué. C'est cette donnée économique que l'article 1713 entend exprimer quand il dit : « On « peut louer toutes sortes de biens, meubles ou immeubles. » Le mot louer désigne ici et le fait de *locare* et celui de *conducere*.

Est-ce une maison qui est donnée en louage, le contrat s'appelle spécialement bail à loyer, le prix à payer par le preneur s'appelle loyer (article 1711). Est-ce une terre destinée à l'exploitation agricole, le contrat s'appelle bail à ferme, le prix à payer par le preneur s'appelle fermage (article 1711). Enfin, est-ce un objet mobilier, le contrat s'appelle louage

1. Voy. Viollet, *Histoire du droit civil français*, 3e édition, p. 581, — Loysel, *Institutes coutumières*, livre I, titre IV, édition Laboulaye, I, p. 199 et suiv.

tout court ; tel est au moins l'usage, mais l'article 1711 donne au louage des meubles le nom de bail à loyer.

Dans toutes ces variétés du louage, la partie qui donne à bail, le *locator*, s'appelle bailleur (articles 1719, 1720, 1723, 1725) ; certains textes l'appellent propriétaire (articles 1716, 1764, 2102-1° alinéa 5), dénomination inexacte, car le bailleur peut être un usufruitier, ou même un simple preneur qui sous-loue. La partie qui prend à bail, le *conductor*, est appelée le plus souvent preneur (articles 1717, 1721, 1728) ; on l'appelle aussi locataire (articles 1726, 1734), ou encore fermier (article 1771), quelquefois métayer ou colon partiaire.

Voilà autant de variétés du louage de choses, autant de baux qu'il importe de ne pas confondre.

Deuxième espèce.

474. A côté du louage de choses, nous rencontrons ce que le Code civil appelle le louage d'ouvrage. L'article 1708 en fait mention ; l'article 1710 le définit : « Le louage d'ouvrage est « un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quel« que chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre « elles. »

L'une des parties met son activité au service de l'autre ; par rapport à elle, il y a prestation de travail moyennant salaire. L'autre partie utilise cette activité moyennant rémunération ; par rapport à elle, il y a emploi du travail d'autrui. Le contrat, dans son ensemble, a pour objet l'activité d'une personne.

De même que le louage de choses, le louage d'ouvrage consiste dans l'échange d'un service contre un prix ; seulement, le service, au lieu de consister dans la mise de la jouissance d'une chose à la disposition d'autrui moyennant rétribution, consiste dans la mise de l'activité d'une personne à la disposition d'autrui moyennant salaire. Au point de vue économique, il n'y a pas de différence entre les deux situations, car le travail, étant un élément de production, est lui-même un capital ; au point de vue juridique, le louage d'ouvrage est régi par des règles qui diffèrent, à plusieurs égards, des règles applicables au louage de choses.

475. Le louage d'ouvrage, ainsi compris, se présente sous deux formes.

1° Le louage de services, que les Romains appelaient *locatio conductio operarum*. L'une des deux parties met au service de l'autre son activité, son travail, ses services en général, moyennant un prix que l'autre partie s'oblige à payer (articles 1779-1°, 1780 et suivants).

Dans ce louage, auquel on ne donne plus le nom de bail, celui qui engage ses services, *qui locat operas*, le *locator*, c'est l'employé, le commis, le préposé, le serviteur. Celui qui paie, *qui conducit*, c'est le maître (article 1781) ; expression que l'usage a introduite, mais qui aurait dû rester étrangère à la langue du droit, car, aux yeux de la loi, les deux parties au contrat sont sur le pied d'égalité. On dit quelquefois le propriétaire, sans qu'on puisse savoir pourquoi.

Les rôles, tels que le droit les assigne aux parties, ne concordent pas avec les rôles que les parties jouent en fait. Le maître, *qui conducit*, est le locataire de son serviteur, *qui locat*.

2° Le louage d'industrie, que les Romains appelaient *locatio conductio operis* (articles 1779-2° et 3°, 1782 et suivants). L'une des parties met au service de l'autre non plus ses services en général, mais son activité, son industrie appliquée à un fait particulier, à un ouvrage déterminé, moyennant un prix que l'autre partie s'oblige à payer.

476. Telles sont les deux formes sous lesquelles se présente le louage d'ouvrage.

L'article 1779 signale non pas deux, mais trois formes possibles de ce contrat. Seulement il est facile d'apercevoir que les deux formes visées par le 2° et par le 3° n'en font qu'une et se ramènent à la notion de la *locatio operis*, par opposition à la *locatio operarum*, visée par le 1°. Le mandat salarié, visé par l'article 1986, et le contrat de commission, visé par les articles 94 et suivants du Code de commerce, ne sont eux aussi que des variétés de la *locatio operis*.

Louage de services et louage d'industrie sont confondus par les articles 1708 et 1710, sous le nom de louage d'ouvrage. Ils sont, au contraire, distingués par l'article 1777 et par la rubrique qui précède cet article.

Troisième espèce.

477. Après le louage de choses et le louage d'ouvrage, il

faut signaler, en troisième lieu, le bail à cheptel. Le Code s'en occupe dans un chapitre spécial (articles 1800 et suivants).

Cheptel veut dire bétail. Ce mot, d'apparence bizarre et surannée, est d'origine latine ; il vient de *capita*, têtes de bétail ; dans le latin du moyen-âge, on en fit *capitale*, puis *captale*, enfin cheptel, qui signifie proprement tête de bétail. Le bail à cheptel est un louage spécial, qui s'applique au bétail attaché à une exploitation agricole, et qui participe à la fois du louage de choses et du louage de services (article 1711) ; celui *qui locat*, qui fournit le bétail, est le bailleur ; celui *qui conducit* est le preneur. On lit dans l'article 1810 : « Si « le cheptel périt en entier sans la faute du preneur, la perte « en est pour le bailleur. »

478. Donc il faut distinguer : le louage de choses, — puis le louage d'ouvrage, comprenant le louage de services et le louage d'industrie, — enfin le bail à cheptel.

Partout nous retrouvons l'idée commune dans laquelle réside l'élément constitutif de tout louage : échange d'un service contre un prix ; seulement, le service consiste dans la mise à la disposition d'autrui, moyennant salaire, tantôt de la jouissance d'une chose, tantôt du travail d'une personne, tantôt d'une ou plusieurs têtes de bétail. Les trois espèces de louages ne diffèrent que d'après la nature des services rendus moyennant salaire, selon que le bailleur procure au preneur la jouissance d'une chose, ses services en général, ses soins en vue d'une œuvre déterminée, enfin une ou plusieurs têtes de bétail.

CHAPITRE I

LE LOUAGE DES CHOSES

479. La réglementation du louage des choses occupe la plus grande partie du titre *Du louage* ; elle fait l'objet du chapitre II (articles 1713 à 1778). Ce louage est celui qu'on appelle plus particulièrement le bail.

Sous la rubrique *Du louage des choses*, les articles 1713 à 1778 ne s'occupent d'une manière spéciale que du louage des habitations, ou bail à loyer,— et du louage des biens ruraux destinés à l'exploitation agricole, ou bail à ferme. Le louage des autres immeubles et celui des meubles en général ne sont soumis à aucune règle qui soit particulière ; ils ne sont soumis qu'aux règles formant le droit commun en matière de conventions.

Il est cependant une sorte de louage de meubles qui porte un autre nom et dont le Code traite ailleurs ; c'est le louage de capitaux, qui porte le nom traditionnel de prêt à intérêt (articles 1905 et suivants). Le capitaliste met son argent au service d'une personne, moyennant un salaire qui porte le nom d'intérêt, comme le propriétaire d'une maison ou d'une terre la met au service d'autrui, moyennant un salaire qui s'appelle loyer ou fermage. Le prêt à intérêt et le louage sont des contrats de même nature.

Cette observation faite, nous parlerons exclusivement ici, sous la rubrique *Du louage des choses*, des baux à loyer ou à ferme.

480. Nous diviserons notre étude, pour la faire précise et complète, en deux parties.

Dans une première section, nous étudierons ce qu'on pourrait appeler le droit commun des baux à loyer ou à ferme. En d'autres termes, nous envisagerons ces baux sous les formes qui ont été prévues par le législateur de 1804 et réglementées dans le Code.

Dans une seconde section, nous étudierons certaines formes particulières du louage des choses qui ont été prévues et réglementées, depuis 1804, par des lois spéciales : le bail à colonage partiaire (loi du 18 juillet 1889), le bail à domaine congéable (loi du 8 février 1897), le bail à complant (loi du 8 mars 1898), le bail emphytéotique (loi du 25 juin 1902). Nous aurons à rechercher dans quelle mesure ces divers baux s'écartent du droit commun des baux soit à loyer, soit à ferme.

SECTION I. — Le louage des choses envisagé sous les formes qui ont été prévues par le législateur de 1804 et réglementées dans le Code.

481. L'ordre que nous suivrons dans cette étude sera l'ordre même du Code, qui est fort rationnel.

Nous traiterons successivement : 1° des règles communes aux baux à loyer et aux baux à ferme, — 2° des règles particulières aux baux à loyer, — 3° des règles particulières aux baux à ferme.

§ 1. — Règles communes aux baux à loyer et aux baux à ferme.

482. Elles sont nombreuses, car le Code y consacre trente-huit articles (1714 à 1751). Cependant il est facile de les résumer.

Toutes découlent des quatre idées suivantes : 1° le louage est un acte de simple administration, — 2° le louage est un contrat consensuel, — 3° le louage est un contrat synallagmatique, — 4° le louage ne confère au preneur qu'un droit de créance contre le bailleur.

Nous allons reprendre ces quatre propositions, afin de déduire les conséquences de détail qui découlent de chacune d'elles.

I. Le louage est un acte de simple administration.

483. De la part du bailleur, le louage est un moyen de faire fructifier sa chose, d'en tirer un revenu ; s'il s'agit du bail à ferme, c'est le moyen de retirer la rente du sol, autrement dit la portion du revenu qui reste après que les charges de la

production ont été déduites. De la part du preneur, c'est un moyen de parer aux nécessités quotidiennes s'il s'agit du bail à loyer, un moyen d'utiliser son activité s'il s'agit du bail à ferme. Donc le louage rentre dans la catégorie des actes par lesquels on exploite ou on fait fructifier, c'est-à-dire dans la catégorie des actes d'administration.

De là trois conséquences : 1° le louage est nécessairement temporaire, — 2° il exige, de la part des parties, non la capacité d'aliéner, mais seulement la capacité d'administrer, — 3° il est maintenu malgré l'éviction du bailleur.

Reprenons ces trois conséquences.

Première conséquence. — *Le bail est nécessairement temporaire.*

484. La règle est posée par l'article 1709 : « Le louage « des choses est un contrat par lequel une des parties s'oblige « à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain « temps... » Rien n'est plus rationnel ; un bail perpétuel serait une aliénation, une vente, dont le prix consisterait en une série de prestations périodiques, autrement dit en une rente.

Il faut ajouter que le louage, aux termes de l'article 1742 et sauf convention contraire, « n'est point résolu par la mort « du bailleur ni par celle du preneur ».

Les parties peuvent assigner au contrat la durée qu'elles jugent convenable [1], mais à la condition de ne pas dépasser le terme de quatre-vingt-dix-neuf ans [2]. Au delà de cette limite, le bail ne serait plus un acte d'administration, mais un acte de disposition. Les baux faits pour plus de quatre-vingt-dix-neuf ans sont réductibles à cette période de temps.

Cette limite de quatre-vingt dix-neuf ans est évidemment arbitraire. Elle a été établie par l'article 1 de la loi des 18-29 septembre 1790 [3]. La restriction a été établie dans l'intérêt de la liberté de la propriété ; la loi moderne n'ad-

1. Nous ne parlons ici que du louage des choses tel qu'il a été prévu et réglementé par le législateur de 1804 (*suprà*, n°s 480 et 481). Nous verrons plus tard (*infrà*, n°s 638 et 641) que le bail emphytéotique ne peut pas être consenti pour une durée inférieure à dix-huit ans.

2. Nous verrons plus tard (*infrà*, n° 635) que le bail à complant est, en principe, perpétuel.

3. Ce texte est relatif à l'emphytéose, mais on l'étend à toute espèce de baux : Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 469, — Laurent, XXV, n° 38, — Guillouard, *Louage*, 3e édition, I, n° 37.

met plus les droits qui, sous le nom de rentes foncières, baux à rente ou autres, maintenaient la jouissance indéfiniment séparée de la propriété, et rendaient les terres sujettes [1].

Ainsi, le bail ne peut être que temporaire. Il peut être aussi court que l'on veut, mais ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans [2].

485. Dans ces limites, la durée du bail reste facultative et libre. Quelle qu'elle soit, la nature juridique du contrat n'en demeure pas moins la même.

486. Pour savoir quelle est, en fait, la durée d'un bail et comment elle se détermine, il faut distinguer trois hypothèses. Elles sont prévues par les textes. A ce propos, la loi a consacré l'usage de certaines expressions qu'il importe de bien connaître ; expressions malencontreuses, mais dont il est facile, au point de vue pratique, de déterminer avec précision la portée.

Première hypothèse.

487. Le bail a été conclu pour une durée déterminée.

La convention fait loi ; les droits du preneur commencent et cessent à une date fixe, sans qu'il soit besoin d'aucune formalité, d'aucune manifestation de volonté. C'est une application pure et simple de l'article 1134 [3] ; elle est consacrée par l'article 1737 : « Le bail cesse de plein « droit à l'expiration du terme fixé, lorsqu'il a été fait par « écrit, sans qu'il soit nécessaire de donner congé. »

488. Le texte parle d'un bail écrit.

Ces mots ont un sens apparent, qui se présente naturellement à l'esprit. Un bail écrit, semble-t-il, est un bail constaté par écrit. C'est en ce sens que l'article 1714 dit : « On « peut louer par écrit ou verbalement. »

Mais l'expression « bail écrit » a un sens tout autre dans l'article 1737. Elle signifie : le bail dont la durée a été fixée par la convention, que la convention ait d'ailleurs été con-

1. Voy. Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée*, p. 387 et suiv., — Viollet, *Histoire du droit civil français*, 3e édition, p. 724 et suiv., — Chénon, *Les démembrements de la propriété foncière avant et après la Révolution*, thèse de doctorat, Paris, 1881, p. 1 à 85.

2. On exprime cette idée en disant que le bail ne peut être fait sur plus de trois têtes. La moyenne de la vie humaine étant de trente-trois ans, la durée moyenne de trois existences est de quatre-vingt-dix-neuf ans.

3. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 177 et suiv.

clue verbalement ou constatée par écrit. En ce sens, un bail fait par devant notaire peut être appelé non écrit, de même qu'un bail verbal peut être appelé bail écrit.

La terminologie de l'article 1737 est assurément vicieuse. Mais la pratique, à l'exemple de la loi, en fait usage, et c'est une forme de langage avec laquelle il faut être familiarisé.

Elle s'explique de la façon suivante. La durée des baux faits verbalement est le plus souvent indéterminée, tandis que celle des baux constatés par écrit est habituellement fixée ; l'usage aidant, on considère comme étant toujours vrai ce qui l'est seulement d'ordinaire. Les baux dits écrits sont soit les baux constatés par écrit et dont la durée est déterminée, soit les baux non constatés par écrit et dont la durée est fixe ; les baux dits non écrits sont soit les baux verbaux à durée indéterminée, soit les baux constatés par écrit et dont la durée n'est pas fixée[1].

489. Notons pour terminer que le contrat, dans l'hypothèse où le bail a une durée déterminée, réserve quelquefois aux parties ou à l'une d'elles la faculté de résilier le bail à une époque plus rapprochée que le terme fixé. Tel est le cas des baux faits, comme on dit, « pour trois, six, neuf ». En principe, un pareil bail est fait pour neuf ans, mais avec la faculté de le faire cesser à l'expiration de la première ou de la seconde période de trois ans. Cette faculté est tantôt unilatérale, tantôt réciproque.

Deuxième hypothèse.

490. La convention intervenue entre le bailleur et le preneur n'a pas déterminé la durée du bail. Mais la loi y supplée, tenant pour légal ce qui est d'usage, de sorte que la durée est légalement présumée.

Du moment que le bail a une durée fixe, il peut encore être appelé bail écrit, dans le sens que nous avons attribué précédemment à ces mots[2]. Il prend fin, indépendamment de toute formalité ou manifestation de volonté, à l'époque non pas convenue, mais légalement fixée.

Il en est ainsi dans l'hypothèse prévue par l'article 1758 : « Le bail d'un appartement meublé est censé fait à l'année, « quand il a été fait à tant par an ; au mois, quand il a été « fait à tant par mois ; au jour, s'il a été fait à tant par jour.

1. Cpr. *infrà*, n° 491.
2. Voy. *suprà*, n° 488.

« Si rien ne constate que le bail soit fait à tant par an, par « mois ou par jour, la location est censée faite suivant l'usage « des lieux. »

De même dans l'hypothèse du bail d'un fonds rural, prévue par les articles 1774 et 1775.

Dans tous ces cas, la durée du bail est légalement établie.

Troisième hypothèse.

491. Ni la convention ni la loi ne fixent la durée du bail.

L'article 1736 donne au bail, dans ce cas, le nom de bail non écrit. Le texte désigne ainsi tous les baux à durée indéterminée, tous ceux dont la durée n'est fixée ni par la convention, ni par la loi ; et la règle posée s'applique aussi bien aux baux constatés par un acte écrit qu'à ceux dont la conclusion a été purement verbale. Nous avons expliqué comment s'est produite cette déviation de langage, et nous n'avons pas à y revenir [1].

492. Lorsque la durée du bail n'est fixée ni par la convention ni par la loi, le bail est considéré comme fait pour un temps indéfini, comme devant durer jusqu'à ce que l'une des parties en arrête l'effet.

D'où l'article 1736 : « Si le bail a été fait sans écrit, l'une des « parties ne pourra donner congé à l'autre qu'en observant « les délais fixés par l'usage des lieux. » Le congé est la déclaration d'une des parties, dans un bail à durée indéfinie, qu'elle entend mettre fin au bail. Du moment que la durée est indéterminée, il y a, pour les parties, faculté et nécessité de donner congé.

Cette déclaration ne peut être faite qu'aux époques d'usage. Il n'eût pas été conforme aux exigences de la pratique que le bailleur et le preneur fussent incessamment exposés à la dénonciation du contrat. De là l'usage des termes. Il faut, malgré la possibilité du congé, donner quelque stabilité à la convention.

Le congé peut être donné verbalement ou par écrit, de même que le bail lui-même peut être conclu verbalement ou par écrit (article 1714). Mais la preuve du congé, pas plus que celle du bail, ne peut être administrée par témoins (article 1715) ; elle ne peut résulter, à défaut d'écrit, que de l'aveu

1. *Suprà*, n° 488.

ou du serment[1]. Pour éviter toute équivoque, le congé doit être accepté, ou signifié par huissier.

La location tient tant qu'un congé n'y met pas fin.

493. Un bail est fait dans ces conditions, en d'autres termes il est non écrit, de telle sorte qu'il ne prend fin que par un congé, dans deux cas : 1° quand il a été conclu tel *ab initio*, — 2° à la fin des baux écrits, s'il y a tacite reconduction.

Que faut-il entendre par tacite reconduction ?

Dans le cas d'un bail à durée déterminée, la tacite reconduction est la continuation du bail après le terme fixé ; c'est la transformation du bail écrit en un bail non écrit, autrement dit le remplacement d'un bail à durée fixe par un bail à durée indéterminée, lequel ne peut plus prendre fin que par un congé (articles 1738, 1759, 1776). Dans le cas d'un bail à durée indéterminée dont la loi fixe la durée d'après l'usage (articles 1758, 1774 et 1775), la tacite reconduction est la continuation du bail après le terme fixé par la loi. Dans l'un et l'autre cas, le moyen pour les deux parties d'éviter la tacite reconduction est de donner congé, et, pour le bailleur, de demander l'expulsion du preneur (article 1739)[2].

Le nouveau bail résultant de la tacite reconduction se poursuit aux mêmes conditions que le bail originaire. En particulier, le prix est le même. Seulement la durée est différente ; elle se détermine, pour parler comme l'article 1759, d'après « le terme fixé par l'usage des lieux ».

Ajoutons que la tacite reconduction, en dépit des liens qui la rattachent au bail précédent, n'en constitue pas moins un nouveau bail. L'article 1740 déduit de là cette conséquence que « la caution donnée pour le bail ne s'étend pas aux obligations résultant de la prolongation » ; et il faut en dire autant de l'hypothèque servant de garantie à l'obligation du preneur. Une autre conséquence de la même idée est déduite par l'article 1759 : le locataire ne peut plus sortir des lieux loués ni en être expulsé « qu'après un congé donné suivant le délai fixé par l'usage des lieux ».

En définitive, le congé se présente sous deux formes. Dans le bail non écrit, il est le moyen pratique de mettre fin au

1. Voy. *infrà*, p. 356 et suiv.

2. Nous verrons plus tard que la tacite reconduction n'est pas admise en ce qui concerne le bail emphytéotique, à cause de la gravité exceptionnelle des conséquences résultant de ce bail : *infrà*, n° 641.

bail. Dans le bail écrit, il est le moyen d'empêcher la tacite reconduction.

494. Telle est la première conséquence découlant de ce que le bail est un acte d'administration. Il est nécessairement temporaire ; et la nature du contrat reste la même quelle qu'en soit la durée.

Toutefois, la loi soumet les baux à certaines règles spéciales à raison de leur durée [1].

Ainsi, les baux de neuf ans et au-dessus sont, dans quelques cas, soumis à des règles particulières que nous retrouverons plus loin. On les appelle baux de longue durée, par opposition aux baux ordinaires. Citons seulement un exemple : neuf ans est la durée *maxima* des baux qui peuvent être consentis par les administrateurs de la fortune d'autrui, notamment par les tuteurs [2].

Ainsi encore, la loi du 23 mars 1855 (articles 2-4° et 3 alinéa 2) assujettit à la transcription les baux d'immeubles de plus de dix-huit ans [3]. Le bail, en tant que contrat, est valable indépendamment de la transcription ; mais, à défaut de cette formalité, il ne peut pas être opposé par le preneur, pour plus de dix-huit ans, aux tiers qui auraient acquis et dûment conservé des droits réels sur l'immeuble loué : acquéreurs, usufruitiers, créanciers hypothécaires. Nous avons indiqué les motifs et la portée de cette prescription en nous occupant des hypothèques, plus spécialement en nous occupant des rapports entre les créanciers hypothécaires et les locataires de l'immeuble hypothéqué [4].

Deuxième conséquence. — *Pour consentir un bail, il n'est pas nécessaire d'avoir la capacité d'aliéner ; la capacité d'administrer suffit.*

495. Cela résulte de ce que le bail est un acte d'administration.

Ainsi, les mineurs émancipés et les individus pourvus d'un conseil judiciaire peuvent librement donner leurs biens à bail quoiqu'ils ne puissent disposer de leur patrimoine [5]. La

1. Cpr. *suprà*, p. 347, notes 1 et 2.
2. Voy. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 511.
3. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 214.
4. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 320 et suiv.
5. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 545, et 613, texte et note 1.

femme séparée de biens, judiciairement ou par contrat, n'a besoin, pour passer un bail, ni de l'assistance ni de l'autorisation de son mari ou de justice (articles 1449 et 1536)[1].

Les mêmes pouvoirs appartiennent aux administrateurs légaux de la fortune d'autrui, tels que le père administrateur légal[2], le tuteur[3], le mari sous le régime de communauté, ou sous le régime dotal en ce qui concerne les biens dotaux, enfin l'envoyé en possession provisoire[4].

496. Toutefois, la loi établit une restriction, dont le caractère et les motifs n'ont peut-être pas été logiquement déduits, et qui doit, dès lors, être limitée aux cas en vue desquels elle a été établie. Elle consiste en ceci que certains administrateurs de la fortune d'autrui n'ont pouvoir complet que pour les baux de courte durée, en d'autres termes pour les baux de neuf ans et au-dessous ; la loi limite leurs pouvoirs pour les baux à long terme. C'est ce que font les articles 1429 et 1430, en ce qui concerne le mari administrateur des biens de sa femme sous le régime de communauté, — l'article 1718, en ce qui concerne le tuteur[5], — l'article 481, en ce qui concerne le mineur émancipé[6], — l'article 595, en ce qui concerne l'usufruitier.

Quelle est la considération, commune à ces diverses personnes, qui a déterminé le législateur à limiter ainsi leurs pouvoirs ?

Ces personnes, a-t-on dit[7], sont chargées d'administrer la fortune d'autrui, et il y aurait excès à ce qu'elles pussent faire seules des baux à long terme. Pour le mari il faut le concours de la femme, pour l'usufruitier le concours du nu-propriétaire, pour le tuteur et pour le mineur émancipé l'emploi des formes nécessaires à l'aliénation. Faute de quoi, le bail ne peut excéder neuf années, en ce sens que la femme, le nu propriétaire, le mineur émancipé, reprenant l'administration de leurs biens, ne sont pas tenus de respecter le bail pour un temps plus long ; le bail, quelle que soit sa durée, est valable, mais il peut être réduit, à la demande du pro-

1. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 101.
2. *Ibid.*, p. 384.
3. *Ibid.*, p. 511.
4. *Ibid.*, tome I, p. 279.
5. *Ibid.*, tome II, p. 511.
6. *Ibid.*, p. 545.
7. Guillouard, *Louage*, 3e édition, I, n° 48.

priétaire, quand celui-ci reprend l'administration de sa fortune.

Cette manière de raisonner est plausible en ce qui concerne le mari, le tuteur et l'usufruitier. Mais elle est sans application possible au mineur émancipé, qui administre comme propriétaire (article 481)[1]. Donc la considération présentée n'est pas la considération commune qui a déterminé le législateur dans les divers cas qui nous occupent.

On a dit encore[2] que donner à bail pour plus de neuf ans est faire acte de disposition. Il est bien vrai qu'il en était ainsi autrefois ; les baux de longue durée étaient regardés comme conférant un droit réel[3]. Mais l'idée émise est certainement erronée dans le droit moderne, qui ne consacre nulle part l'idée d'après laquelle un bail de longue durée emporte création d'un droit réel[4]. Aussi la restriction qui nous occupe ne concerne-t-elle ni la femme séparée, ni la personne pourvue d'un conseil judiciaire[5] ; elles n'ont pas capacité d'aliéner, mais elles ont pouvoir d'administrer et, par suite, elles peuvent librement donner leurs immeubles à bail, même pour plus de neuf ans.

Ce n'est donc ni l'un ni l'autre de ces motifs qui explique la règle. La meilleure manière de la justifier est de dire que la limite établie a paru convenable pour que la femme quand le mariage prend fin, pour que le mineur devenu majeur, pour que le nu-propriétaire à la cessation de l'usufruit, ne soient pas enchaînés pendant un laps de temps trop long par un acte qui n'émane pas d'eux.

D'où il faut conclure que la règle doit être strictement limitée aux cas prévus et ne saurait être étendue par voie d'analogie. Par exemple, l'absent de retour ne peut pas faire réduire à neuf ans les baux consentis pour une durée plus longue par l'envoyé en possession provisoire[6].

1. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 543 et suiv.

2. Aubry et Rau, 4e édition, IV § 364, note 1, p. 465. — Laurent, XXV, nos 43 et 47.

3. Voy. Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles*, p. 387 et suiv.

4. *Ibid.*, p. 409 et suiv. — Répétons une fois de plus (*suprà*, p. 345, 346, 347, note 1) que nous nous occupons exclusivement ici du louage des choses tel qu'il a été prévu et réglementé par le législateur de 1804. Nous verrons plus tard (*infrà*, n° 641) que le bail emphytéotique engendre sans aucun doute, à l'heure présente, un droit réel ; et nous ajouterons que, par conséquent, nul ne peut bailler à emphytéose sans avoir la capacité d'aliéner.

5. Voy. en sens contraire Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 466, texte et notes 4 et 5. — Cpr. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 613.

6. *Sic*, Aubry et Rau, 4e édition, I, p. 607.

Troisième conséquence. — *Le bail est maintenu malgré l'éviction du bailleur.*

497. Cela résulte encore de ce que le bail est un acte d'administration. La maxime *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* ne s'applique qu'aux actes de disposition. Dès lors, la résolution, l'annulation et la rescision du droit de propriété du bailleur sont sans effet en ce qui concerne le maintien du bail, pourvu que celui-ci ait été fait sans fraude.

La loi elle-même consacre cette solution dans l'hypothèse d'un bail consenti par un acheteur à réméré : « Le vendeur « qui use du pacte de rachat, dit l'article 1673,.... est tenu « d'exécuter les baux faits sans fraude par l'acquéreur[1]. »

Il faut faire application de la même idée dans toutes les hypothèses similaires. Par exemple, les baux faits par l'héritier apparent sont opposables à l'héritier véritable[2].

Peut-être eût-il été préférable d'étendre à cette matière la règle posée pour les baux consentis par les administrateurs de la fortune d'autrui, autrement dit de limiter à neuf ans la durée du bail consenti par un propriétaire dont le titre est résolu, annulé ou rescindé. Mais la loi ne l'a pas fait. Dès lors, le parti qui s'impose est de généraliser la solution consacrée par l'article 1673[3].

II. Le louage est un contrat consensuel.

498. Le contrat de louage se forme par le seul effet du consentement des parties, dès qu'elles sont d'accord sur les deux éléments du contrat : d'une part, la chose louée, — d'autre part, le prix, loyer ou fermage. C'est le droit commun[4] ; il n'y est pas apporté d'exception ici.

De là deux conséquences.

1° Le bail peut être conclu verbalement ou par écrit (article 1714)[5]. Si un acte écrit intervient, c'est seulement comme

1. Voy. *suprà*, p. 237.
2. Voy. Aubry et Rau, 4e édition, VI, p. 437.
3. *Sic*. Guillouard, *Louage*, 3e édition, I, n° 50, — Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 497, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, 2e édition, I, nos 84 et 97, — Demante et Colmet de Santerre. IV, n° 213 *bis* III.
4. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 28 et 29, p. 138 et suiv.
5. Rappelons en passant (cpr. *suprà*, n° 488) que l'expression « bail écrit » n'est pas toujours employée pour désigner un bail non conclu dans la forme verbale. On donne le nom de baux écrits aux baux qui ont une durée fixe, même quand ils ne sont pas constatés par écrit.

moyen de preuve, non comme élément de formation du contrat [1]. L'écrit peut être dressé, au choix des parties, soit en la forme authentique, soit sous seing privé.

2° En cas de contestation, le louage est soumis, au point de vue de la preuve, du moins en principe, au droit commun de l'article 1315 : « Celui qui réclame l'exécution d'une obli-« gation doit la prouver [2].... » L'existence d'un bail peut être alléguée soit par le propriétaire contre le prétendu locataire, soit par le prétendu locataire contre le propriétaire.

499. Toutefois, en ce qui concerne cette question de preuve, les articles 1715 et 1716 apportent des dérogations importantes aux principes généraux.

Ils écartent, dans la plupart des cas et sous réserve de quelques distinctions, deux modes de preuve fort usités en toute autre matière : la preuve par témoins et les présomptions du fait de l'homme. La preuve par témoins est formellement écartée par les articles 1715 et 1716 [3]. Et de cette prohibition découle, par voie de conséquence, que les présomptions ne peuvent pas davantage être invoquées ; en effet, l'article 1353 dit : « Les présomptions qui ne sont point « établies par la loi sont abandonnées aux lumières et à la « prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des pré-« somptions graves, précises et concordantes, et dans les cas « seulement où la loi admet les preuves testimoniales.... [4] »

La règle en vertu de laquelle la preuve testimoniale est écartée en matière de louage est une création de la coutume plutôt que le résultat d'une intention préméditée du législateur.

Voici comment on l'explique. L'expérience a montré, dit-on [5], que l'admission de la preuve testimoniale, à propos d'un contrat aussi usuel que le bail, donne lieu à d'incessantes difficultés. Sans aller jusqu'à faire du louage un contrat solennel, on a écarté la preuve testimoniale, afin d'inciter les

1. Nous faisons abstraction pour le moment du bail emphytéotique (*suprà*, p. 354, note 4). Nous verrons plus tard qu'un bail emphytéotique doit nécessairement être passé par écrit : *infrà*, n° 641.

2. *Les contrats et les obligations*, p. 581.

3 Lorsque nous parlerons plus tard du bail à colonage partiaire, nous verrons que la loi du 18 juillet 1889 paraît avoir considéré la preuve testimoniale comme recevable, dans les conditions du droit commun à l'effet d'établir soit l'existence, soit les conditions du bail à colonage partiaire. Voy. *infrà*, n°s 615 et 625.

4. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 591 et 592, 594 et 595, 672, 677.

5. Cpr. *ibid.*, p. 639.

parties à se ménager un titre écrit, ce qui évite toute contestation.

Cette considération est-elle vraiment probante? Suffit-elle à justifier l'exclusion de la preuve testimoniale?

Il est permis d'en douter. On pourrait dire, au contraire, que plus un contrat est usuel et plus il importe d'en faciliter la preuve. D'autre part, il ne semble pas que l'effet produit par la règle dont nous parlons ait été satisfaisant ; si la prohibition de la preuve testimoniale a évité quelques difficultés, elle a donné naissance à des complications continuelles, et fait naître plus de questions de droit qu'il ne se fût présenté de questions de fait d'après le droit commun, car les articles 1715 et 1716 ont laissé en dehors de leurs prévisions une foule de points sur lesquels l'interprétation reste douteuse.

Somme toute, il eût mieux valu, si l'application des principes généraux semblait périlleuse, aller jusqu'à exiger dans tous les cas un écrit, jusqu'à faire du louage un contrat solennel. Le système mixte qui a prévalu ne vaut rien.

500. Pour établir exactement l'étendue de la dérogation apportée au droit commun de la preuve par les articles 1715 et 1716, il faut distinguer deux hypothèses.

Première hypothèse.

501. Elle est prévue par l'article 1715 : « Si le bail fait « sans écrit n'a encore reçu aucune exécution, et que l'une « des parties le nie, la preuve ne peut être reçue par témoins, « quelque modique qu'en soit le prix et quoiqu'on allègue « qu'il y a eu des arrhes données. Le serment peut seulement « être déféré à celui qui nie le bail. »

Notons d'abord que la locution « bail fait sans écrit » ne signifie plus ici bail fait sans durée convenue [1]. Les mots retrouvent leur sens naturel et veulent dire : un bail dont la conclusion n'a pas été constatée par écrit.

Tant qu'un pareil bail n'a encore reçu aucune exécution, la preuve testimoniale n'est pas recevable pour établir l'existence du bail. La demande tendant à faire admettre la preuve testimoniale serait irrecevable quand même il s'agirait d'un bail n'excédant pas la somme de cent cinquante francs [2]. Au-

1. Cpr. *suprà*, p. 355, note 5.
2. Cass. 28 juin 1892, D. P. 1892.I.407, — Paris 3 décembre 1892, D. P. 1893.II.71, — Nancy 4 mars 1893, D. P. 1893.II.288.

dessus de ce chiffre, l'exclusion de la preuve testimoniale est le droit commun (article 1341)[1]; au-dessous, elle est le droit spécial de l'article 1715.

La preuve de l'existence d'un bail ne peut pas être fournie par témoins, dit le texte, « quoiqu'on allègue qu'il y a eu des « arrhes données ». En d'autres termes, on ne pourrait pas demander d'abord à établir la remise des arrhes[2], pour induire ensuite de cette remise la preuve du bail [3].

502 A défaut d'écrit et puisque la preuve testimoniale est irrecevable, les seuls modes de preuve dont il puisse être fait usage sont le serment et l'aveu.

a) D'abord le serment. L'article 1715 réserve formellement ce mode de preuve.

Mais quel serment?

Aucun doute en ce qui concerne le serment que les parties peuvent se déférer, ou serment décisoire (article 1357-1°)[4]. Mais la dernière phrase de l'article 1715 est ainsi conçue: « Le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le « bail. » Il est difficile de comprendre pourquoi il ne pourrait pas être également déféré à la partie qui affirme l'existence du bail.

Quant au serment supplétoire (article 1357-2°)[5], la question est discutée de savoir s'il pourrait être déféré. Certains auteurs[6] soutiennent que l'article 1715 ne distingue pas et doit être considéré, en conséquence, comme autorisant l'usage des deux espèces de serments, de sorte que le juge pourrait déférer le serment décisoire pour compléter les preuves qui lui sont soumises. D'autres auteurs[7] estiment, au contraire, que l'article 1715 autorise exclusivement l'usage du serment décisoire. Il semble bien que cette seconde opinion doive être préférée. En effet, l'article 1715 ne permet de déférer le

1. Cpr. *Les contrats et les obligations*, p. 640 et suiv.
2. Voy. *suprà*, p. 228 et 229.
3. Aubry et Rau (IV, p. 467, note 11) font observer très justement que cette addition était inutile. En effet, une pareille allégation ne peut pas plus autoriser la preuve par témoins d'un louage que de toute autre convention.
4. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 657 et 658.
5. Voy. *ibid.*, p. 659.
6. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, 2e édition, I, n° 220, — Huc, *Droit civil*, X, n° 279.
7. Laurent, XXV, n° 72, p. 83 et 84, — Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 162 *bis* VII, — Planiol, *Traité élémentaire*, 4e édition, II, p. 553, note 2. — Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° *Louage*, n° 70.

serment qu'à la partie qui nie le bail et non à la partie qui en affirme l'existence ; or le serment supplétoire, étant donnée sa nature telle que nous l'avons caractérisée précédemment[1], est susceptible d'être déféré indistinctement à l'une ou à l'autre des parties ; d'où il faut conclure que le législateur, en rédigeant l'article 1715, n'a pas pu vouloir autoriser la délation du serment supplétoire, mais seulement celle du serment décisoire.

b) En second lieu, l'aveu obtenu par l'interrogatoire sur faits et articles[2]. L'article 1715 ne réserve pas formellement ce mode de preuve. Mais il n'était pas besoin d'une réserve spéciale à cet égard ; en effet, l'article 324 du Code de procédure dit que l'interrogatoire sur faits et articles est admissible « en toutes matières et en tout état de cause »[3].

503. Donc, relativement à un bail qui n'a reçu aucun commencement d'exécution, la preuve testimoniale n'est pas recevable.

504. Seulement l'article 1715 n'écarte expressément la preuve testimoniale que dans le cas où la contestation porte sur l'existence même du bail. Que décider lorsque l'existence du bail n'est pas contestée, et lorsque les parties discutent sur les conditions du bail, par exemple sur la durée, sur le prix ?

Un auteur[4] a soutenu que l'article 1715 apporte une dérogation au droit commun et que, par conséquent, cet article doit, comme tous les textes exceptionnels, recevoir une interprétation restrictive. Il ne vise que les contestations portant sur l'existence du bail ; donc la preuve testimoniale est recevable dans les contestations portant sur les conditions du bail.

Mais cette manière de voir ne doit pas être admise. Nous verrons bientôt[5] que l'article 1715 est complètement étranger à l'hypothèse dans laquelle les parties, en l'absence de tout commencement d'exécution, reconnaissent d'un commun accord l'existence du bail et discutent sur les conditions de ce bail. Le texte applicable dans cette hypothèse est non

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 659.
2. *Ibid.*, p. 648 et suiv.
3. En ce sens, Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 467, texte et note 12 ; — cpr. Cass. 12 janvier 1864, Sir. 1864.I.88.
4. Acollas, *Manuel de droit civil*, III, p. 357.
5. Voy. *infrà*, n° 506.

pas l'article 1715 interprété par voie de raisonnement *a contrario*, mais l'article 1716, à l'explication duquel nous arrivons.

Seconde hypothèse.

505. Elle est prévue par l'article 1716 : « Lorsqu'il y aura « contestation sur le prix du bail verbal dont l'exécution a « commencé, et qu'il n'existera point de quittance, le pro- « priétaire en sera cru sur son serment, si mieux n'aime le « locataire demander l'estimation par experts ; auquel cas « les frais de l'expertise restent à sa charge, si l'estimation « excède le prix qu'il a déclaré. »

506. Du moment que le bail a reçu un commencement d'exécution, l'existence de ce bail ne peut être mise en question. Elle est suffisamment prouvée par le fait même que le bail s'exécute.

Si le fait que le bail a reçu un commencement d'exécution est contesté, la partie qui allègue ce fait ne peut pas être admise à le prouver par témoins. Ce serait aller contre la prohibition de l'article 1715, et arriver indirectement à prouver par témoins l'existence du bail [1].

La seule preuve certaine de l'exécution du bail est l'occupation par le locataire ; c'est un fait matériel, dont la réalité peut être prouvée par témoins [2]. Le commencement d'exécution prévu par l'article 1716 est le commencement d'exécution constant, indénié et indéniable.

D'ailleurs, il faut assimiler au bail ayant reçu un commencement d'exécution le bail dont l'existence n'est pas contestée en fait. Le commencement d'exécution n'a d'importance, au point de vue qui nous occupe, que parce qu'il

1. Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 468, texte et note 17 ; — Cass. 12 janvier 1864, Sir. 1864.I.88, — Alger 17 octobre 1892, D. P. 1893.II.314, — Nancy 4 mars 1893, D. P. 1893.II.288, — Aix 4 mai 1892, D. P. 1892.II.378, — Cass. 17 janvier 1894, D. P. 1894.I.127.

2. L'occupation est quelquefois trop peu caractérisée ou de trop courte durée pour pouvoir être considérée comme constituant, à elle seule, un commencement d'exécution. Il faut alors distinguer avec soin entre le fait matériel d'occupation, qui, s'il est dénié, peut être établi par la preuve testimoniale, et la conséquence juridique que l'on prétend en déduire au point de vue d'un commencement d'exécution du bail Si l'occupant prétend que son occupation n'a pas le caractère d'un commencement d'exécution du bail, cette allégation ne peut être ni prouvée par témoins ni combattue par la preuve testimoniale. Sur cette nuance délicate, voy. l'arrêt précité de la Cour de cassation du 17 janvier 1894. D. P. 1894.I.127.

prouve l'existence du bail ; or l'existence du bail est établie d'une manière tout aussi solide lorsqu'elle n'est pas contestée. De sorte que les deux hypothèses à distinguer sont, en définitive, les suivantes : 1° celle où l'existence du bail est contestée, — 2° celle où cette existence est établie, soit par un commencement d'exécution, soit par l'absence de toute contestation émanant des intéressés. C'est précisément la raison pour laquelle nous avons dit précédemment [1] que l'article 1716 est seul applicable dans l'hypothèse où les parties reconnaissent d'un commun accord l'existence du bail, en l'absence de tout commencement d'exécution, et discutent sur les conditions de ce bail.

507. Lorsque l'existence du bail est ainsi soit établie par un commencement d'exécution, soit tenue pour établie par les parties, des doutes peuvent subsister et des contestations surgir à divers points de vue : 1° à propos du prix, — 2° à propos de la durée du bail, — 3° à propos des conditions du bail.

Quels sont les modes de preuve recevables dans de pareilles contestations ?

508. **Parlons d'abord du prix.** Il ne peut pas être établi au moyen de la preuve testimoniale, alors même que la valeur du loyer n'excède pas cent cinquante francs. La valeur, ici, est la somme qui forme le prix prétendu du bail pour toute la durée qu'on entend lui assigner. Cette valeur constitue l'intérêt du procès.

L'article 1716 admet exclusivement trois modes de preuve, qui sont, du reste, subsidiaires les uns aux autres.

1° Si des quittances ont déjà été délivrées au locataire, elles font foi qu'il a payé tel prix et que le bailleur s'en est contenté.

2° A défaut de quittances, le bailleur est cru sur son serment. Cette disposition paraît singulière, exorbitante même. N'est-ce pas, en effet, mettre une des parties à la discrétion de l'autre ? Pas tout à fait. La règle de l'article 1716 s'explique. Le locataire a un moyen simple de faire la preuve : c'est d'exhiber la quittance ; s'il ne le fait pas, il faut bien sortir d'embarras, et comme alors l'attitude du locataire est un peu suspecte, la loi veut que le différend soit tranché contre lui après serment prêté par son adversaire.

1. *Suprà*, n° 504.

3° Le serment du bailleur ne fait pas preuve contre le locataire d'une manière irréfragable. Le locataire a la ressource de demander une expertise. Toutefois, l'article 1716 prononce une peine contre lui pour le cas où l'expertise aurait été inutilement provoquée.

Ajoutons que l'article 1716, pas plus que l'article 1715, ne déroge aux règles qui se rapportent à l'aveu judiciaire et au serment.

509. Quant aux contestations relatives à la durée ou aux autres conditions du bail, l'article 1716 est muet. D'où la question de savoir si la preuve testimoniale est admissible.

L'article 1715 démontre, par *a contrario*, que la preuve testimoniale est admissible. Il vise exclusivement le cas où le bail n'a pas reçu un commencement d'exécution, et ne prohibe la preuve par témoins que dans ce cas. Lorsqu'il y a eu commencement d'exécution, l'article 1716 devient seul applicable ; or il ne vise que l'hypothèse d'une contestation portant sur le prix, et c'est uniquement dans cette hypothèse qu'il exclut la preuve testimoniale. Sans doute ce n'est là qu'un argument *a contrario* ; mais cette forme de raisonnement a sa valeur toutes les fois qu'elle conduit à un retour au droit commun.

Cependant cette manière de voir n'est pas admise par tous les auteurs.

Tous sont d'accord [1] pour considérer la preuve testimoniale comme recevable, en vertu du raisonnement *a contrario* que nous venons de présenter, lorsqu'il s'agit de contestations portant sur les conditions du bail autres que la durée [2].

Mais ils sont divisés sur le point de savoir si la preuve testimoniale doit être admise dans les contestations portant sur la durée du bail. Les uns [3] se rangent à notre manière de voir et regardent la preuve testimoniale comme admissible. Les autres [4] considèrent que les articles 1715 et 1716 sont

1. Voy. Guillouard, *Louage*, 3e édition, I, n° 83, — Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 467 et 468, § 364, texte et note 15, — Laurent, XXV, n° 85. — L'opinion contraire n'est soutenue que par Duvergier, I, n° 258.

2. Nous ne nous occupons plus des contestations portant sur le prix, dont nous avons parlé au n° 508.

3. Laurent, XXV, n° 83. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, 2e édition, I, n° 245, — Dalloz, *Répertoire*, v° *Louage*, nos 140 et suiv., — *Supplément au Répertoire*, *eodem verbo*, n° 79 ; — cpr. Nancy 3 août 1871, D. P. 1872.II.150, — Douai 17 mars 1897, D. P. 1897.II.336.

4. Guillouard, *loc. cit.*, I, n° 82, — Aubry et Rau, IV, § 364, p. 468. — De-

sans application aucune aux contestations de ce genre, et soutiennent qu'il faut appliquer, pour l'administration de la preuve dans ces contestations, les règles édictées par les articles 1736, 1758 et 1774 en ce qui concerne les baux non écrits. Nous touchons ici du doigt l'un des inconvénients qui résultent de l'équivoque à laquelle prête la locution « bail sans écrit »[1].

510. Telle est l'économie des articles 1715 et 1716. Ils n'ont pas d'autre raison d'être que d'inciter les parties à se ménager une preuve écrite, afin d'éviter les difficultés relatives à un contrat qui est d'usage journalier.

Si on combine les dispositions de ces deux articles, voici quel est le résultat qui se dégage.

L'existence du bail, la valeur du loyer fût-elle inférieure à cent cinquante francs, ne peut pas être établie par témoins (article 1715). Si l'existence du bail est établie, la preuve testimoniale n'est pas admissible pour établir le chiffre du loyer (article 1716) ; la question est discutée de savoir si la preuve testimoniale doit être admise pour établir la durée ou les autres conditions du bail, même quand la valeur est inférieure à cent cinquante francs.

511. Restent deux questions relatives à la portée pratique de ces dérogations au droit commun, soit que la contestation concerne l'existence du bail, soit qu'elle concerne les autres points.

Première question.

Les principes du droit commun, en ce qui concerne la preuve testimoniale, sont posés par les articles 1341 et 1347. Le premier exclut la preuve par témoins « de toutes choses « excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs » ; le second ajoute : « Les règles ci-dessus reçoivent exception « lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit[2]. » Or les articles 1715 et 1716 dérogent sans aucun doute à l'article 1341. Mais dérogent-ils aussi à l'article 1347 ?

mante et Colmet de Santerre, VII, n° 162 *bis* XI ; — cpr. Metz 10 avril 1856, D. P. 1857.II.55, — Bordeaux 23 janvier 1878, D. P. 1879.II.118, — Toulouse 17 août 1882, D.P.1884.II.140.

1. Voy. *suprà*, p. 348 et 349, 355, 357.

2. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 643.

Il n'est guère possible d'en douter. Du moment que l'exclusion de la preuve testimoniale tient à la nature de l'acte juridique et non à la quotité de l'intérêt engagé, il est indifférent, pour l'admissibilité de cette preuve, qu'il existe un commencement de preuve par écrit. Bien qu'il y ait commencement de preuve par écrit, la preuve testimoniale est irrecevable en ce qui concerne soit l'existence, soit les conditions du bail, sans qu'il y ait à distinguer suivant que le contrat a reçu ou non un commencement d'exécution.

Le texte, il est vrai, ne dit rien de pareil ; d'où l'on peut être tenté de conclure qu'il faut suivre le droit commun dans la mesure où la loi n'y déroge pas [1]. Mais la jurisprudence penche à rejeter la preuve testimoniale [2]. L'argument décisif en faveur de cette solution est qu'elle est indispensable pour donner une portée pratique aux articles 1715 et 1716. Les baux dont la valeur n'excède pas cent cinquante francs sont rares. Si la loi a pris soin d'écarter le droit commun en excluant la preuve testimoniale, c'est qu'elle attache une importance à la règle spéciale qu'elle pose ; or cette règle n'a d'importance que si elle s'applique au cas usuel, celui d'un bail dont la valeur excède cent cinquante francs, et si elle s'étend à l'hypothèse où il existe un commencement de preuve, puisque c'est seulement alors que la preuve testimoniale est admissible. D'après le droit commun, la preuve testimoniale n'est admissible que s'il y a commencement de preuve par écrit (article 1347) ; donc les articles 1715 et 1716 l'excluent même dans ce cas.

Le texte de l'article 1718 vient à l'appui de cette opinion. Les mots « quelque modique que soit le prix » veulent dire : même dans les cas où la preuve testimoniale est admise de plein droit, et à plus forte raison dans ceux où la loi l'admet exceptionnellement, comme dans l'hypothèse de l'article 1347.

Seconde question.

Elle est relative à la preuve du congé.

Le congé est nécessaire : dans les baux à durée détermi-

1. Laurent, XXV, n° 83. — Cpr. Bordeaux 23 janvier 1878, Sir. 1878 II.137.

2. Cass. 19 février 1873, D. P. 1874.I.265, Sir. 1873.I.99, — 26 novembre 1873, Sir. 1874.I.430, — Toulouse 2 août 1882, *La Loi* du 8 septembre. — *Secus* : Cass. 1er août 1867, Sir. 1867.I.373, — Rouen 20 mars 1873, Sir. 1874. I.430.

née, pour éviter la tacite reconduction, — dans les baux sans durée fixée, pour mettre fin à ces baux.

Le congé n'étant pas une convention, mais une déclaration unilatérale, est valable et efficace indépendamment de l'acceptation de la partie qui l'a reçu [1]. Encore faut il que celui qui l'invoque prouve qu'il l'a donné, et donné en temps utile. Comment peut-il faire cette preuve?

On admet communément [2], bien qu'aucun texte ne le dise, que le congé, tout en n'étant assujetti, de même que le bail, à aucune forme déterminée, n'est pas cependant susceptible d'être prouvé par témoins, alors même que le bail est purement verbal ou que le prix n'excède pas cent cinquante francs. Cette solution, dit-on, est une conséquence de l'article 1715; la preuve testimoniale n'est pas admise en matière de louage de maisons ou de biens ruraux.

A défaut d'acceptation écrite du congé par la partie qui le reçoit, la partie qui donne le congé le signifie par huissier, ce qui ménage une preuve et du fait que le congé a été donné et de la date à laquelle ce fait est intervenu [3].

III. Le louage est un contrat synallagmatique.

512. Autour de cette idée nous avons à grouper un grand nombre de détails, qui tous mériteraient d'être examinés de près à raison de leur intérêt pratique. Mais ces détails sont d'ordre simplement réglementaire; aussi nous contenterons-nous de mettre un peu d'ordre dans la succession des idées, sauf à développer plus spécialement un ou deux points.

De ce que le louage est un contrat synallagmatique résultent trois conséquences.

513. **En premier lieu**, l'article 1184, qui sous-entend la condition résolutoire dans tous les contrats synallagmatiques [4],

1. Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 500, texte et note 27, — Guillouard, *Louage*, 3e édition, I, n° 427, — Laurent, XXV, n° 326. — Cpr. Cass. 3 mai 1865, D. P. 1865.I.429, Sir. 1865.I.249, — les décisions citées dans les *Pandectes françaises alphabétiques*, v° *Bail en général*, nos 2189 et suiv., — et Paris 3 mars 1896, D. P. 1896.II.416.

2. En ce sens: Aubry et Rau, IV, p. 500, — Guillouard, *loc. cit*, nos 430 et 431, — Duvergier, III, n° 489; — cpr Orléans 8 janvier 1886, D. P. 1887.I.447, Sir. 1887.I.57. — *Contrà*: Laurent, XXV, n° 327, — Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 183 *bis* VII, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, 2e édition, I, n° 1255; — cpr. Pau 21 mars 1893, D. P. 1893.II.304, Sir. 1893.II.168.

3. Planiol, *Traité élémentaire*, 4e édition, II, p. 562.

4. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 385 et suiv.

reçoit son application en matière de louage (articles 1741 et 1766). La résolution s'appelle plus spécialement ici résiliation.

Conformément au droit commun de l'article 1184, la résiliation, tant qu'elle n'est qu'un effet de la condition résolutoire tacite, n'a pas lieu de plein droit; elle n'opère que judiciairement. Jusqu'au jugement, les parties peuvent encore s'exécuter; et le juge saisi peut accorder un délai. Ce sont les règles du droit commun [1]; les articles 1654 et 1655 en font application à la vente [2], et elles reçoivent application en matière de louage.

D'ailleurs, les parties peuvent transformer la condition résolutoire tacite en condition résolutoire expresse; c'est le pacte commissoire appliqué au bail. Dans ce cas, il est loisible aux parties de convenir que la condition résolutoire opèrera de plein droit, ou du moins après une mise en demeure [3]; à partir de cette mise en demeure, le preneur ne peut plus s'exécuter, et le bailleur n'a qu'à s'adresser au juge des référés pour obtenir son expulsion [4]. Ce sont les règles du droit commun [5]; l'article 1156 en fait application à la vente [6], et elles reçoivent application en matière de louage.

Les parties peuvent-elles aller plus loin et écarter jusqu'à la nécessité d'une mise en demeure, de telle façon que la condition résolutoire opère vraiment de plein droit? L'affirmative est admise en matière de vente [7]. La même solution prévaut en ce qui concerne le louage [8]. Elle présente, du reste, des inconvénients graves au point de vue pratique; car elle a pour résultat de laisser le bail à la discrétion trop absolue du bailleur et de le mettre à même de parvenir trop facilement à l'expulsion du preneur.

1. *Les contrats et les obligations*, p. 390.
2. *Suprà*, p. 196 et 197.
3. *Sic*: Aubry et Rau, IV, p. 496 et 497; — Cass. 2 juillet 1860, Sir. 1860.I.705, — Orléans 9 novembre 1860, Sir. 1861.II.144, — Bordeaux 1er juin 1864, Sir. 1864.II.263, — Paris 11 février 1874, Sir. 1874.II.197, — Rouen 9 janvier 1890, *Gazette du Palais*, 1890.I.597.
4. En ce sens: Garsonnet, *Traité de procédure civile*, 1re édition, VII, p. 273, texte et note 19, — Paris 9 décembre 1886, 13 janvier 1888, 10 février 1888, 24 février 1888 et 26 avril 1889, D. P. 1889.II.233.
5. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 384 et 385.
6. Voy. *suprà*, p. 196 et 197.
7. *Ibid.*, p. 197.
8. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, 2e édition, I, n° 1383, — Laurent, XXV, n° 758, — Guillouard, *Louage*, 3e édition, I, n° 430; — Douai 24 mars 1847, Sir. 1848.II.190, — Cass. 16 mars 1853, Sir. 1853.I.361, — Douai 7 mai 1856, Sir. 1857.II.209, — Pau 17 mai 1865, Sir. 1865.II.199.

514. En second lieu, l'acte sous seing privé constatant la conclusion d'un contrat de louage est soumis à la formalité du double original (article 1325)[1].

515. En troisième lieu, le contrat de louage engendre des obligations à la charge du bailleur et du preneur. Les obligations de l'un constituent les droits de l'autre, comme dans tout contrat synallagmatique[2]. Dès lors, en énumérant les obligations qui résultent du contrat de louage, nous énumérons par là même les droits qui en dérivent.

Dans cet exposé, nous ferons abstraction, bien entendu, des obligations pouvant résulter de conventions particulières (article 1134). Nous ne parlerons que des obligations dont les parties sont tenues *ex lege*, dans le louage tel que la loi le réglemente.

I. *Obligations du bailleur.*

516. Elles sont énumérées par les articles 1719 et suivants, et sont au nombre de trois.

PREMIÈRE OBLIGATION.

517. Le bailleur doit délivrer la chose louée, avec tous ses accessoires au temps du contrat, et en bon état de réparations de toute espèce (articles 1719-1° et 1720 alinéa 1).

A ce point de vue, la différence apparaît considérable entre l'usufruit et le louage. Dans l'usufruit, le propriétaire n'a qu'à laisser jouir l'usufruitier, qui a un droit sur la chose. Dans le bail, le propriétaire doit procurer au locataire une jouissance effective[3].

518. A ce propos et en ce qui concerne le bail à ferme, une question se pose, qui est devenue banale à force d'avoir été discutée. Le bailleur doit livrer la chose avec tous ses accessoires. Le droit de chasse est-il un accessoire de la jouissance du fonds affermé ?

Le plus souvent, une clause spéciale du bail refuse au fermier le droit de chasse.

Mais que faut il décider lorsque le bail est muet ? La jurisprudence refuse au fermier le droit de chasse, qu'elle considère non comme un élément de la jouissance, mais comme

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 603.
2. Voy. *ibid.*, p. 23 et suiv.
3. Cpr. *infrà*, n° 563.

un agrément de la propriété. Le droit de chasse ne rentre pas dans l'exploitation du sol; or c'est l'exploitation qui fait l'objet du louage [1].

Nous verrons plus tard que la loi du 18 juillet 1889, sur le colonage partiaire, a tranché la question dans ce sens en ce qui concerne cette forme particulière du louage (article 5 alinéa 2) [2]. Nous verrons, au contraire, que la loi du 25 juin 1902, relative au bail emphytéotique, réserve au preneur, appelé ici colon, les droits de pêche et de chasse (article 12) [3]; cette règle s'explique aisément, étant donné que le bail emphytéotique confère au colon, d'après la loi de 1902, un droit réel sur l'immeuble [4].

DEUXIÈME OBLIGATION

519. Le bailleur doit, pendant la durée du bail, entretenir la chose, de manière qu'elle suffise à l'usage pour lequel elle a été louée (article 1719-2°).

En conséquence, le bailleur doit exécuter à ses frais toutes les réparations nécessaires, sans qu'il y ait à rechercher comment elles sont devenues nécessaires. La différence apparaît encore notable, à ce point de vue, entre la situation du preneur et celle d'un usufruitier [5]; l'usufruitier, n'ayant que le droit de jouir de la chose et non celui d'exiger qu'on lui procure une jouissance effective de cette chose, ne peut, au cours de l'usufruit, contraindre le nu-propriétaire à effectuer même les grosses réparations ; et si l'usufruitier les effectue lui-même, il ne peut réclamer de ce chef aucune indemnité au nu-propriétaire tant que l'usufruit dure [6].

520. L'obligation pour le bailleur d'exécuter les réparations comporte cependant deux restrictions.

La première concerne les réparations locatives (article 1720

1. En ce sens : Cass. 5 avril 1866, D. P. 1866.I.411, Sir. 1866.I.412, — Caen 6 décembre 1871, D. P. 1872.V.68, Sir. 1872.II.198. — Cpr. Aubry et Rau, 4° édition, IV, p. 470, — Guillouard, *Louage*, 3° édition, I, n° 286. — *Secus*, Laurent, XXV, n° 172.

2. Voy. *infrà*, n° 616.

3. *Ibid.*, n° 641.

4. *Ibid.*

5. Cpr. *suprà*, n° 517, — *infrà*, n° 563.

6. L'article 605 semble dire le contraire : « Les grosses réparations demeu« rent à la charge du propriétaire. » Mais le texte est mal rédigé ; il veut dire simplement que l'usufruitier n'est pas tenu des grosses réparations, au moins normalement. Voy. Aubry et Rau, 5° édition, II, p. 715.

alinéa 2). Elles sont réputées le fait du locataire et sont à sa charge. L'article 1754 édicte à cet égard un certain nombre de prescriptions de détail, pour lesquelles il suffit de renvoyer à la lecture du texte.

La seconde restriction est relative aux conséquences résultant de ce que la chose louée est détruite par cas fortuit ou force majeure pendant la durée du bail. Il s'agit, par exemple, d'une inondation, ou d'un fait de guerre. L'article 1722 distingue suivant que la destruction de la chose louée a été totale ou partielle. Dans le premier cas, « le bail est résilié de plein « droit » ; dans le second, « le preneur peut, suivant les cir- « constances, demander ou une diminution du prix, ou la « résiliation même du bail »[1]. Le texte ajoute : « Dans l'un et « l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement. »

521. Sous réserve de ces deux restrictions, le bailleur est obligé d'entretenir la chose louée en bon état de réparations.

S'il ne procède pas aux réparations à sa charge, le preneur peut les faire exécuter en son nom (article 1144)[2]. En outre, son refus peut entraîner la résolution du bail faute d'objet. Cela n'est pas douteux si la chose périt en totalité (article 1741) ; si elle périt partiellement, la solution s'impose par analogie de l'article 1722 ; le tout sous réserve de l'indemnité que le preneur pourrait obtenir, par application de l'article 1382, de la personne ayant déterminé la perte par sa faute[3].

TROISIÈME OBLIGATION

522. Le bailleur doit procurer au preneur la jouissance paisible de la chose louée, pendant toute la durée du bail (article 1719-3°). En d'autres termes, il doit garantir au preneur le bénéfice du bail.

De là découlent quatre conséquences pratiques.

523. **Première conséquence**. — Le bailleur doit s'abstenir de tous faits pouvant priver le preneur d'une partie des avantages que celui-ci était en droit d'espérer du bail. Par exem-

1. Nous verrons plus tard (*infrà*, n° 641) que la loi du 25 juin 1902 (article 4) pose une règle différente en ce qui concerne le bail emphytéotique.

2 Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 261 et 265, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e édition, I, n° 325.

3. Voy. Aubry et Rau, IV, § 369, p 495, — Guillouard, *Louage*, 3e édition, I, n° 386, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, n°s 354 et 369, — Planiol, 4e édition, II, n° 1734 ; — Cass. 11 janvier 1892, D. P. 1892.I.257, Sir. 1892.I.117, — Paris 29 novembre 1892, D. P. 1893. II. 173.

ple, s'il a donné à bail une usine, ou un bâtiment pour une industrie déterminée, il ne peut ni donner à bail un immeuble voisin pour une industrie rivale, ni à plus forte raison en établir une lui-même. Il ne peut pas davantage prendre à bail un immeuble voisin pour y établir lui-même une industrie similaire [1].

Envisagées théoriquement, ces règles ne souffrent pas difficulté. Mais quand une industrie peut-elle être regardée comme similaire ? Quand les changements apportés aux lieux loués sont-ils de nature à en altérer la destination ? Ce sont là des questions qui sont souvent délicates à trancher en fait.

Du reste, le devoir d'abstention imposé au bailleur a nécessairement des limites, car ce devoir ne peut pas paralyser l'exercice du droit de propriété. Ces limites sont tracées par l'article 1724 : « Si, durant le bail, la chose louée « a besoin de réparations urgentes et qui ne puissent être « différées jusqu'à sa fin, le preneur doit les souffrir, quelque « incommodité qu'elles lui causent, et quoiqu'il soit privé, « pendant qu'elles se font, d'une partie de la chose louée. Mais, « si les réparations durent plus de quarante jours, le prix « du bail sera diminué à proportion du temps et de la partie « de la chose louée dont il aura été privé. Si les réparations « sont de telle nature qu'elles rendent inhabitable ce qui est « nécessaire au logement du preneur et de sa famille, celui-ci « pourra faire résilier le bail. » Texte très simple. Il ne s'ap-

1. Voy. Aubry et Rau, 4e édition, IV, § 366, p. 475, — Guillouard, I, nos 136 et suiv. ; — Cass. 8 juillet 1850, D. P. 1850.I.307, Sir 1851.I.111, — Nîmes 31 décembre 1855, D. P. 1857.II.125, — Lyon 19 mars 1857, D. P. 1860.II.189, Sir. 1858. II.322, — Paris 4 mars 1858, D. P. 1860.II.185. Sir. 1858.II.322, - 5 novembre 1859, Sir. 1859.II.649, — 29 mars 1860, D. P. 1860.II.189, — Bordeaux 2 août 1860, D. P. 1861.V.294, — Paris 8 juillet 1861, D. P. 1861.II.198, — 12 mars 1863, Sir. 1863.II.221, — 27 janvier 1864, Sir. 1864.II.257, — Toulouse 14 mars 1864. Sir 1864.II.28, — Grenoble 26 juin 1866, Sir. 1867.II.54, — Bordeaux 7 novembre 1873, D. P. 1874.II.136, — Dijon 5 mai 1875, Sir. 1875. II.142, — trib. de la Seine 23 novembre 1894, *Pandectes françaises périodiques*, 1895.II.334.

Les auteurs et la jurisprudence récente paraissent se prononcer en sens contraire : Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 169 *bis* II, — Laurent, XXV, nos 132 et suiv., — Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e édition. I, n° 484 ; — Cass. 6 novembre 1867, D. P. 1868.I 129, — 29 janvier 1868, D. P. 1868. I.213, — Paris 8 juillet 1873. D. P. 1877. V. 282, — 16 janvier 1874, D. P. 1877.II.229, — trib. de Rennes 10 novembre 1893, D. P. 1895.II.378, — Lyon 19 mai 1896, Sir 1897.II.209.

Voy. l'exposé des opinions diverses, ainsi que les références aux auteurs et aux arrêts, dans les *Pandectes françaises alphabétiques*, v° *Bail à loyer*, nos 137 et suiv.

plique, bien entendu, qu'aux réparations dont l'accomplissement ne peut pas être ajourné sans péril ; et il ne s'applique qu'aux réparations, non aux travaux d'amélioration : par exemple, le locataire ne saurait être tenu de supporter la gêne résultant de travaux faits pour surélever l'immeuble d'un étage.

524. Deuxième conséquence.—« Le bailleur, dit l'article 1723, « ne peut, pendant la durée du bail, changer la forme de la « chose louée. » A moins d'un accord avec le locataire, il ne peut y opérer aucun changement, lors même qu'il aurait le plus grand intérêt à le faire. Aux modifications de forme, il faut assimiler les changements de destination ; s'il a loué bourgeoisement une portion de son immeuble, il ne peut pas affecter le surplus à une destination qui modifie la jouissance du preneur [1].

525. Troisième conséquence. — Le bailleur répond des vices ou défauts pouvant empêcher l'usage de la chose louée (article 1721). Suivant les circonstances, la découverte de ces vices ou défauts entraîne une diminution du prix ou la résiliation du bail. Dans tous les cas, le preneur a droit à des dommages-intérêts s'il a éprouvé un préjudice, quand même, dit l'article 1721, le bailleur n'aurait pas connu les vices ou défauts de la chose lors du bail. En matière de vente, les articles 1645 et 1646 sont moins rigoureux [2] ; mais il est naturel que le locataire soit traité plus favorablement qu'un acheteur, car la personne qui donne une chose à bail pour un usage déterminé doit savoir si cette chose y est propre [3].

1. Sur la question de savoir quels sont les faits qui doivent être considérés comme constituant le trouble prévu par l'article 1723, voy. Paris 19 juillet 1856, D. P. 1856.II.229, Sir. 1856.II.436, — 26 février 1869, D. P. 1874.V.316, Sir. 1869.II.176, — Riom 12 avril 1869, D. P. 1874.V.316, Sir. 1869.II.176, — Bordeaux 29 mai 1879, Sir. 1880.II.4, — trib. de Lyon 25 janvier 1881, Sir. 1881. II.219, — Paris 15 mars 1894, D. P. 1894.II.28.

2. Voy. *suprà*, p. 191.

3. Aubry et Rau, IV, p. 477, note 16. — L'analogie entre les deux contrats conduit certains auteurs à admettre que la distinction faite entre le vendeur de bonne foi et le vendeur de mauvaise foi doit être faite entre le bailleur de bonne foi et le bailleur de mauvaise foi. En ce sens : Duranton, XVII, 63,— Duvergier, I, 341, — Marcadé, sur l'article 1721. — Mais cette opinion est condamnée par la plupart des auteurs et par la jurisprudence : Aubry et Rau, *loc. cit.*, — Laurent, XXV, n° 122, — Guillouard, I, p. 128, — Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 167 *bis* I ; — Cass. 21 janvier 1873, D. P. 1873.I.263, Sir. 1873.I.104, — 23 juin 1874, Sir. 1875.I.120, - Aix 5 janvier 1877, D. P. 1878.II 94, Sir. 1878.II.167, — Bordeaux 26 janvier 1886, *Journal de la Cour de Bordeaux*, 1886.I.154.

Toutefois, le bailleur ne répond ni des vices que le preneur a connus ou dû connaître [1], ni des inconvénients naturels inhérents à la chose par suite de sa situation. Ainsi, il ne répond pas des inondations auxquelles sont sujettes les caves des maisons situées le long d'un quai [2].

526. Quatrième conséquence.— Le bailleur répond des entraves apportées à la jouissance du preneur par des tiers, quand ces derniers excipent d'un droit sur la chose ; il est obligé de prendre fait et cause pour le locataire et de le défendre. Par exemple, le propriétaire voisin élève un mur qui intercepte le jour nécessaire à l'usage pour lequel la location a été consentie ; ou bien un tiers élève une prétention sur la chose louée (articles 1726 et 1727) [3].

Cette responsabilité s'étend jusqu'au fait du prince, c'est-à-dire jusqu'aux dommages résultant d'une décision prise par l'autorité publique compétente [4]. Un propriétaire loue son usine. Survient un arrêté administratif qui prescrit un chômage temporaire ; le propriétaire est garant, à moins que la mesure ait été provoquée par un abus de jouissance de la part du preneur [5], ou que l'autorité ait procédé d'une manière illégale, auquel cas le locataire peut réclamer à l'autorité des dommages-intérêts [6].

Mais le bailleur n'est pas tenu des voies de fait, du moment que l'auteur de ces voies de fait n'élève sur la chose louée aucune prétention en droit. Le preneur n'a d'autre ressource que d'exercer contre l'auteur des voies de fait l'action de l'article 1382 [7].

1. Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 478, — Guillouard, *Louage*, 3e édition, I, p. 130 ; — Paris 3 juillet 1882, Sir. 1884.II.79, — justice de paix de Lille 6 juillet 1885, *Gazette du Palais*, 1885.II.314.

2. Paris 29 janvier 1849, D. P. 1849.V.272, Sir. 1849.II.77, — Lyon 6 juin 1873, D. P. 1874.II.108, Sir. 1873.II.194, — Dijon 16 juillet 1873, *Recueil de jurisprudence de la Cour de Dijon*, 1873, p. 334.

3. Voy. une série d'espèces dans les *Pandectes françaises alphabétiques*, v° *Bail en général*, n°s 850 et suiv.

4. Aubry et Rau, IV, p 478, texte et notes 19 et 20 ; — Paris 24 novembre 1858, D. P. 1859.I.437, Sir. 1859.II.349, — Cass. 17 août 1859, D. P. 1859.I.437, Sir. 1860.I.453, — Aix 24 mars 1865, Sir. 1865.II.230, — Paris 7 février 1868, D. P. 1868.II.88, Sir. 1869.II.227.

5. Aubry et Rau, IV, p. 479 texte et note 21 ; — Dijon 12 décembre 186[illegible], Sir. 1867.II 183.

6. Aubry et Rau, *loc. cit.*, note 22 ; — Paris 1er décembre 1864, D. P. 18[illegible].I.376, Sir 1865.II.136, — trib. de Vienne 15 mars 1865, *Journal de la Cour de Grenoble*, 1866, p. 95, — Cass. 16 mai 1866, D. P. 1866.I.370, Sir. 1866.I.2[illegible].— Paris 4 août 1871, Sir. 1871.II.166.

7. Laurent, XXV, n° 1[illegible] ; — trib. de Die 11 août 1863, *Journal de la Cour de*

II. *Obligations du preneur.*

527. Elles sont au nombre de cinq.

PREMIÈRE OBLIGATION

528. Le preneur, dit l'article 1728-1°, doit « user de la chose « louée en bon père de famille, et suivant la destination qui « lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée « d'après les circonstances, à défaut de convention ».

Si le preneur contrevient à cette règle, il est passible de dommages-intérêts. En outre, si la contravention du preneur est de nature à causer un dommage au bailleur, celui-ci peut exiger la suppression des causes du dommage. Enfin l'article 1729 offre au bailleur une protection plus énergique encore : « Si le preneur emploie la chose louée à un au- « tre usage que celui auquel elle a été destinée, ou dont il « puisse résulter un dommage pour le bailleur, celui-ci peut, « suivant les circonstances, faire résilier le bail. »

529. L'obligation mise à la charge du preneur par l'article 1728-1° est double.

D'abord, le preneur doit user de la chose. Si le bail a pour objet une maison, il doit l'habiter ; l'abandon de l'immeuble amènerait des dégradations. S'il s'agit d'une ferme, le preneur doit cultiver les terres, qui ne sauraient rester en jachère sans perdre de leur valeur. S'il s'agit d'un fonds de commerce, le preneur doit l'exploiter ; l'abandon compromettrait l'achalandage. S'il s'agit d'une usine, il doit la maintenir en activité ; le chômage serait une cause de dépréciation [1].

En outre, le preneur, qui doit user de la chose, doit en user suivant la destination de cette chose, sans pouvoir changer cette destination. S'il a loué une maison bourgeoise, il n'a pas le droit d'y établir un atelier ; s'il a affermé des terres arables, il ne peut pas les transformer en étang, et réciproquement [2].

Grenoble, 1863, p. 454, — trib. de la Seine 26 janvier 1888, *La Loi* du 19 mars 1888. — Voy. les *Pandectes françaises alphabétiques*, v° *Bail en général*, n°s 802 et suiv.

1. Bourges 4 mars 1842, D. P. 1844.II.30, — Cass. 15 avril 1844, D. P. 1844. I.414, Sir. 1845.I.70, — Besançon 4 juin 1846, Sir. 1847.II.534, — Douai 28 juin 1854 et 4 juin 1877, *Jurisprudence de Douai*, 1854, p. 278, et 1877, p. 206.

2. Voy. Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 481, texte et note 475, — Laurent, XXV, n° 258, — Guillouard, I, n° 195, — Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 175 *bis* ; — Bastia 4 mai 1892, D. P. 1892.II.446, — Lyon 1er juillet 1892, D. P.

530. Du reste, à moins de conventions contraires, l'article 1717 autorise le preneur soit à user lui-même de la chose louée, soit à sous-louer ou à céder son bail. Bien entendu, le locataire, soit qu'il sous-loue, soit qu'il cède son bail, reste tenu envers le bailleur originaire, la sous-location ou la cession étant par rapport au bailleur *res inter alios acta*, à moins de novation. Mais il modifie sa situation individuelle.

L'article 1717 prévoit deux opérations distinctes : la sous-location et la cession de bail. Il importe d'indiquer avec précision en quoi ces deux opérations diffèrent.

531. **La sous-location** est un louage dans lequel le preneur, appelé locataire principal, joue le rôle de bailleur. Il y a deux baux superposés : l'un qui est intervenu entre le bailleur et le preneur primitifs, l'autre qui intervient entre le preneur primitif et le nouveau preneur. C'est un des cas où il est inexact de donner au bailleur la qualification de « pro- « priétaire », comme le fait l'article 1716 [1].

Les rapports entre le locataire principal et le sous-locataire sont régis par les règles du louage. D'où les conséquences suivantes.

1° Les clauses des deux baux peuvent être différentes. Notamment, le loyer du second bail peut être supérieur ou inférieur au loyer du premier.

2° Le locataire principal, devenu bailleur, jouit, sur les meubles du sous-locataire, du privilège [2] établi par l'article 2102-1°.

3° Le sous-locataire peut invoquer l'article 1720 contre le locataire principal [3]. Mais il n'a aucun droit contre le bailleur.

Cependant, bien que le second bail soit un louage nouveau, il fait naître des rapports entre le bailleur primitif et le sous-locataire.

1° Le bailleur primitif, dans les limites du prix de son bail, peut poursuivre le sous-locataire. Il peut le poursuivre,

1893.II.88.

Nous verrons plus tard (*infrà*, n° 641) que la règle qui nous occupe n'est pas applicable au bail emphytéotique. Le preneur, appelé ici colon, peut entreprendre sur l'immeuble tous les travaux et effectuer toutes les transformations qu'il lui plaît, sans autre limite que l'interdiction qui lui est faite de diminuer la valeur du fonds.

1. Cpr. *suprà*, p. 342.

2. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 346.

3. Voy. *suprà*, p. 367.

d'abord, par l'action de l'article 1166, dans les limites de ce que le sous-locataire doit au locataire principal [1]. Il peut, en outre, le poursuivre par l'action directe (articles 820 C. proc. civ. et 1753 C. civ.) [2].

2° Le bailleur primitif peut invoquer contre le sous-locataire la responsabilité des articles 1733 et 1734 [3].

532. La cession de bail consiste dans la transmission des droits résultant du bail, dans la transmission de ce qu'on appelle communément le droit au bail, autrement dit des droits et obligations que le bail conférait et imposait au preneur. Il n'y a pas un bail nouveau ; c'est le bail ancien qui est cédé au point de vue actif et passif ; on transporte le droit au bail en substituant un nouveau preneur à l'ancien [4].

Aussi, les rapports entre le locataire cédant et le cessionnaire ne sont-ils pas régis par les règles du louage, mais par celles de la cession de créance, telles qu'elles sont établies par les articles 1689 et suivants [5].

Les conséquences sont aisées à déduire.

1° Le sous-locataire n'est tenu à aucune notification vis-à-vis du bailleur. Mais il en est autrement du cessionnaire [6].

2° Le premier preneur n'est pas tenu de faire jouir le cessionnaire. Il ne doit que la garantie de l'existence du bail.

3° Le cédant n'a pas, pour garantie du prix de cession, le privilège de l'article 2102-1°. En effet, il n'est pas bailleur, mais vendeur.

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 292.

2. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 201 et 356. — La question est controversée, mais l'existence de l'action directe est reconnue par la majorité des auteurs et par la Cour de cassation. Voy. Aubry et Rau, IV, p. 493, — Guillouard, I, n° 339, — Coin-Delisle, *Revue critique*, III, p. 749, — Duranton, XVII, n° 161 ; — Cass. 24 janvier 1853, D. P. 1853 I.124, Sir. 1853.I.321, — 8 novembre 1882, D. P. 1883.I.305, — Lyon 30 juin 1887, D.P. 1888.II.59, Sir. 1889.II.180, — Toulouse 7 février 1888, Sir. 1888.II.101, — Cass. 13 janvier 1892, D.P. 1892.I.509. — *Contrà* : Laurent, XXV, n° 200, — Labbé, *Revue critique*, 1876, p. 571 et 666, — et note dans Sir. 1876.II. 329 ; — Grenoble 23 juin 1882, *Gazette du Palais*, 1883.I.483, — trib. de la Seine 11 juin 1886, *Le Droit* du 1er mars 1887, — trib. de Troyes 26 décembre 1888, *Gazette du Palais* du 21 février 1889, — Poitiers 24 janvier 1889, Sir. 1889.II. 182, — Bordeaux 27 avril 1891, *Journal de la Cour de Bordeaux*, 1891. I.299.

3. Voy. *infrà*, nos 539 et suiv. — Cpr. Guillouard, I, n° 337 ; — Poitiers 24 janvier 1889 et Toulouse 7 février 1888, D. P. 1890.II.97, — Cass. 4 juillet 1895, D. P. 1896.I.331.

4. Laurent, XXV, n° 213, — Guillouard, I, n° 334 ; — Cass. 23 mai 1870, D. P. 1872.I.90, Sir. 1870.I.283.

5. Voy. *suprà*, p. 250 et suiv.

6. Guillouard, I, n° 346, — Laurent, XXV, p. 237, n° 209 ; — Paris 24 janvier 1873, D. P. 1874.II.140, Sir. 1875.II.335.

4° Le cessionnaire ne peut pas invoquer contre le cédant le bénéfice de l'article 1720. Il prend la chose dans l'état où elle est au temps de la cession.

5° Le cessionnaire a une action directe contre le bailleur pour obtenir l'accomplissement des obligations dont il est tenu, et réciproquement [1].

En un mot, le bail qui pouvait être invoqué par ou contre le locataire va maintenant pouvoir l'être par ou contre le cessionnaire.

533. Donc, la sous-location et la cession de bail, bien qu'elles se rapprochent l'une de l'autre à certains égards, sont des opérations différentes au point de vue juridique [2].

La faculté de sous-louer ou de céder son bail appartient, en principe, au locataire. Toutefois, ce droit cesse de lui appartenir dans deux cas.

1° Il lui est enlevé, par une disposition spéciale de la loi, dans l'hypothèse prévue par l'article 1763 : « Celui qui cul- « tive sous la condition d'un partage de fruits avec le bailleur « ne peut ni sous-louer, ni céder, si la faculté ne lui en a été « expressément accordée par le bail. » Il s'agit ici d'une forme particulière du bail à ferme, le colonage partiaire ou métayage [3] ; ce bail constitue une espèce de société, dans la conclusion de laquelle la considération de la personne joue un rôle déterminant, de sorte que la règle de l'article 1763 s'explique d'elle-même. L'article 1764 ajoute : « En cas de « contravention, le propriétaire a droit de rentrer en jouis- « sance, et le preneur est condamné aux dommages et inté- « rêts résultant de l'inexécution du bail. »

2° Le preneur est privé du droit de sous-louer ou de céder son bail quand ce droit lui est enlevé en tout ou partie par la convention (article 1717 alinéa 1). Le bail établit entre le bailleur et le preneur des rapports de droit continus et à lon-

1. L'existence de cette action directe du bailleur contre le cessionnaire est admise par tous les auteurs (sauf Laurent, XXV, n° 211) et par la jurisprudence : Aubry et Rau, IV, p. 493, note 19, — Guillouard, I, n° 348 ; — Cass. 23 mai 1870, D. P. 1872.I.90, Sir. 1870.I.283, — 2 juillet 1873, D. P. 1873.I.412, Sir. 1873.I.323, — 13 janvier 1892, D. P. 1892.I.509.

2. C'est ainsi que l'article 1735, aux termes duquel le preneur est tenu des dégradations et des pertes qui arrivent par le fait des personnes de sa maison, ou de ses sous-locataires, n'est pas applicable en matière de cession de bail, parce que, dans ce cas, il y a substitution de personnes.

3. Voy. pour plus de détails *infrà*, n°s 613 et suiv.

gue durée ; le locataire ne peut pas se substituer une tierce personne contre le gré du bailleur.

Quant à l'étendue de la prohibition [1], elle doit être déterminée par interprétation de la volonté probable des parties. Tantôt la prohibition est absolue ; tantôt elle est relative, et ne fait que subordonner la validité de l'opération — sous location ou cession de bail — à l'agrément du bailleur primitif (article 1717 alinéa 2).

Dans les limites où la prohibition existe, elle lie les parties. La clause « est toujours de rigueur », dit l'article 1717 alinéa 3 ; en d'autres termes, elle doit être exécutée abstraction faite de toute considération tirée de l'intérêt des parties (article 1134). Toutefois, cette clause n'a pas pour effet de faire disparaître le droit de relocation établi par l'article 2102-1° alinéa 1 [2].

Dans l'ancien droit, la clause interdisant la sous-location ou la cession de bail avait une portée moins absolue ; on admettait que si une circonstance imprévue obligeait le locataire ou fermier à quitter la maison ou à cesser l'exploitation de la ferme, le bailleur pouvait être contraint de reprendre le bail ou de souffrir une sous-location [3]. Mais il en est autrement de nos jours. Quelques interprètes soutiennent que les tribunaux peuvent tenir l'assentiment du bailleur comme existant quand sa résistance est sans raison [4] ; la jurisprudence n'a jamais admis cette manière de voir, et s'en tient au principe que la convention intervenue doit être exécutée telle qu'elle est [5].

1 Sur le point de savoir dans quelles limites la prohibition de sous-louer emporte celle de céder le bail, et réciproquement, voy. Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 490, texte et notes 4 et 5. – Cpr. les auteurs et les arrêts cités aux *Pandectes françaises alphabétiques*, v° *Bail en général*, n°s 1912 et suiv.

2. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 361 et 371. — Cpr. Aubry et Rau, IV, p. 492, — Guillouard, I, n° 329, — Laurent, XXV, n° 225, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, n° 128 ; — Dijon 28 avril 1858, sous Cass. 28 décembre 1858, D. P. 1859.I.62, Sir. 1859.I.423, — Rennes 3 décembre 1858, sous Cass. 4 janvier 1860, Sir. 1860 I.17.— Cette solution est aujourd'hui consacrée par la loi du 12 février 1872, qui a modifié l'article 550 du Code de commerce : *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 365 et suiv.

3. Voy. Pothier, *Du louage*, n° 283,— et la note de M. Planiol dans D. P. 1892. II.521.

4. Voy. Aubry et Rau, IV, § 368, p. 491. — *Contrà*, Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e édition, I, n° 1105, — Guillouard, I, n° 326.

5. Voy. cependant Colmar 12 avril 1864, D. P. 1865.II.32, Sir. 1864.II.285, — Grenoble 7 août 1866, Sir. 1867.II.44, — trib. de Grenoble 25 mai 1868, *Journal de la Cour de Grenoble*, 1868, p. 235. — Mais la jurisprudence se prononce

Il convient d'ajouter que cette réserve est très usitée dans les baux.

DEUXIÈME OBLIGATION

534. Le preneur doit, dit l'article 1728-2°, « payer le prix « du bail aux termes convenus ». A défaut de termes convenus, il doit le payer aux époques fixées par l'usage des lieux, et qu'on appelle les termes ; il y a, dans l'usage, quatre termes pour les baux à loyer, et deux seulement pour les baux à ferme.

Le preneur n'est tenu, en vertu du bail, que du capital des loyers et fermages. Les intérêts ne courent, conformément au droit commun et sauf convention contraire, qu'à partir d'une sommation (article 1153) [1].

A moins de convention contraire, le preneur n'est pas tenu non plus de payer les impositions afférentes à la chose louée; ces impositions sont à la charge du bailleur. Cependant cette proposition n'est exacte que sous deux réserves [2].

1° La contribution foncière est exigible contre le preneur. Il en est tenu vis-à-vis de l'Etat, sauf son recours contre le propriétaire (loi du 3 frimaire an VII, articles 12 et 147).

2° La contribution des portes et fenêtres est à la charge du locataire ; elle est exigible du propriétaire, mais sauf recours contre le locataire. Celui-ci agira prudemment en s'expliquant sur ce point dans le bail, La jurisprudence — inattaquable à cet égard au point de vue du droit, mais inacceptable en fait — décide que le recours du propriétaire est ouvert pendant trente ans, et que toute la dette du preneur à ce titre est garantie par le privilège du bailleur [3].

535. Donc le preneur est tenu de payer le prix de la location. C'est la plus apparente des obligations existant à sa charge.

presque unanimement en sens contraire: Douai 7 décembre 1881, D. P. 1881. V.320, — Grenoble 24 mai 1881, D. P. 1882.II.24, Sir. 1881.II.184, — 13 juillet 1882, *Journal de la Cour de Grenoble*, 1884, p. 140, — Cass. 7 février 1888, D. P. 1888.I.164, — Lyon 6 mars 1889, *Moniteur judiciaire de Lyon* du 25 juillet 1889: — cpr. Guillouard, *Revue critique*, 1882, p. 189, — Laurent, XXV, n° 218, — Aubry et Rau, IV, p. 491.

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 275 et suiv.

2. Indépendamment des deux réserves qui vont être énoncées, nous verrons plus tard (*infrà*, n° 641) que le preneur à bail emphytéotique, autrement dit le colon, a la charge de toutes les contributions ordinaires et extraordinaires (loi du 25 juin 1902, article 8).

3. Caen 14 août 1869, D. P. 1874.V.141, — Paris 22 juin 1876, D. P. 1879. V.103; — Guillouard, I, n° 233.

On a longtemps discuté la question de savoir quels sont les caractères de cette obligation du preneur. Est-elle pure et simple, à terme, ou conditionnelle ?

D'un côté, le bailleur ne peut exiger les loyers et fermages qu'au fur et à mesure des échéances (article 1728-2°) ; donc, sous un rapport au moins, l'obligation est à terme. D'un autre côté, le preneur, par l'effet du contrat et dès le début, est constitué débiteur éventuel de la totalité des loyers et fermages échus et à échoir. A quoi faut-il s'arrêter en dernière analyse ?

Le bailleur a-t-il contre le preneur des créances à terme, devenant exigibles au fur et à mesure des échéances successives ? On serait tenté de le croire ; car, d'après l'article 2102-1°, le bailleur peut, en cas de saisie des biens du preneur, faire valoir son privilège, sous certaines distinctions, même pour les loyers à échoir [1].

A-t-il des créances conditionnelles, naissant au fur et à mesure des échéances, comme conséquence de la jouissance, et subordonnées, par suite, à la continuation de cette jouissance ? Il est également permis de le soutenir. En effet, si la jouissance du preneur devient impossible, les loyers et fermages cessent d'être dus. C'est ce qui se produit en cas de perte de la chose louée (article 1722), et en cas de perte des récoltes dans le bail à ferme (article 1769).

En définitive, l'obligation pour le preneur de payer son prix est-elle à terme ou sous condition ?

La question a été longtemps agitée au point de vue de l'application de l'article 444 du Code de commerce. La faillite rend exigibles les créances à terme, non les créances conditionnelles. Dès lors, en cas de faillite du preneur, le bailleur peut-il, dès le jugement déclaratif, se faire payer tous les termes à échoir ? Nous avons vu, en nous occupant du privilège du bailleur, comment la loi du 12 février 1872 a réglé la question [2].

Elle se pose de la même manière, en matière civile, pour l'application des articles 1188 et 2102-1°, quand le preneur n'est pas commerçant [3].

1. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 359 et 360.
2. *Ibid.*, p. 365 et suiv.
3. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 349. — *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 359 et 360.

La vérité est que la créance du bailleur n'est ni à terme, ni conditionnelle. Il ne faut pas vouloir à tout prix la faire rentrer dans l'un des types du droit commun ; ce serait en altérer la nature, qui est spéciale. Le contrat contient le germe d'une obligation à longue durée, qui se réalise par fractions au fur et à mesure de la jouissance ; il y a là non pas une créance unique, mais une série de créances successives qui s'échelonnent avec les termes [1].

TROISIÈME OBLIGATION

536. Le preneur doit exécuter à ses frais les réparations dites locatives, ainsi nommées parce qu'elles sont réputées provenir du fait du locataire et doivent, dès lors, rester à sa charge. L'article 1720 les réserve, en les distinguant des réparations dont le bailleur est tenu. Puis les articles 1754 et 1755 les définissent et les mettent à la charge du preneur.

On appelle réparations locatives les menues réparations, qui sont à la charge du locataire, sans qu'il y ait à chercher si elles ont été rendues nécessaires, en fait, par lui ou par toute autre cause. La vérification serait le plus souvent impossible ; elles sont présumées le fait du locataire. Le bailleur, à la sortie du locataire, peut exiger qu'il les fasse, ou, s'il s'y refuse, les faire exécuter à ses frais.

QUATRIÈME OBLIGATION

537. Le preneur doit, à la fin du bail, restituer la chose louée dans l'état où il l'a reçue (articles 1730 et 1731). De là l'utilité de dresser un état des lieux lors de l'entrée en jouissance (article 1730). A défaut d'un état des lieux, le preneur est présumé avoir reçu les lieux en bon état et doit les rendre tels, sauf preuve contraire (article 1731).

Si, en dehors des stipulations du bail ou de conventions ultérieures, le preneur a fait des constructions, plantations ou autres ouvrages, il y a lieu d'appliquer l'article 555 [2].

1. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 360.

2. En ce sens : Guillouard, I, n° 296, — Demolombe, *Distinction des Biens*, I, p. 166 ; — Cass. 1er juillet 1851, Sir. 1851 I.481, — 17 janvier 1870, Sir. 1871.I.57, — 27 mai 1873, D. P. 1873.I.410, Sir. 1873.I.254, — Lyon 13 janvier 1875, Sir. 1875.II.265, — Cass. 8 mai 1877, Sir. 1877.I.297.

Plusieurs auteurs et un certain nombre d'arrêts, pour concilier les droits que le bail confère au preneur avec le droit d'accession appartenant au bailleur, limitent l'exercice de ce droit d'accession à l'état de choses existant à la fin du bail. En conséquence, le preneur peut, au cours du bail, enlever les planta-

CINQUIÈME OBLIGATION

538. Le preneur doit, étant obligé de rendre, veiller sur la chose, et apporter à sa conservation, suivant la formule consacrée, tous les soins d'un bon père de famille (articles 1137, 1728-1°)[1].

En fait, dans le bail à loyer comme dans le bail à ferme, l'immeuble loué échappe à la surveillance du bailleur. Le preneur en est constitué gardien. A ce titre, il répond non seulement de lui-même, mais encore de toutes les personnes qui cohabitent avec lui, de toutes celles auxquelles il donne abri sous son toit (article 1735). Il doit, en outre dans le bail à ferme, avertir le propriétaire des entreprises émanant de tiers (article 1768). Enfin, il répond de tous dommages et dégradations, à moins qu'il ne prouve qu'ils ne lui sont point imputables (article 1732) ; responsabilité rigoureuse, qui ne s'explique que comme dérivant du devoir de surveillance, lequel entraîne le devoir de conserver la chose.

539. Les articles 1733 et 1734 font une application notable de ces idées au cas d'incendie de l'immeuble loué.

L'incendie est quelquefois un cas fortuit[2]. Il a ce caractère lorsqu'il est allumé par le feu du ciel ou au cours d'opérations militaires en temps de guerre. Lorsqu'il a ce carac-

tions ou améliorations, sans que le bailleur puisse s'y opposer. C'est seulement au cas où le preneur laisse subsister les ouvrages par lui faits que le bailleur, à la fin du bail, est fondé à exercer sur ces ouvrages son droit d'accession : Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 471, texte et note 5, — 5e édition, II, p. 398, texte et note 22, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, n° 364, — Demante et Colmet de Santerre, II, n° 392 *bis* II ; — Cass. 22 novembre 1864, D. P. 1865. I.110, Sir. 1865.I.41, — Toulouse 19 février 1885, D. P. 1885.II.137, — trib. de la Seine 23 avril 1885, *Gazette des Tribunaux* des 1er et 2 juin 1885.

Voy. deux autres systèmes sur la question, dans les *Pandectes françaises alphabétiques*, v° *Bail en général*, n°s 1399 et suivants.

Dans tous les cas, la règle *superficies solo cedit* n'est pas d'ordre public ; le propriétaire peut renoncer à son droit d'accession sur les constructions élevées par le locataire. En cas de renonciation, le locataire possède, à la fin du bail, le droit de reprendre les matériaux ou d'obtenir le remboursement de leur prix et de la main-d'œuvre : Grenoble 23 juin 1891, *Journal de la Cour de Grenoble*, 1892.I.11.

Enfin, le locataire principal peut, vis-à-vis du sous-locataire dont il a fait judiciairement résilier le bail, se prévaloir de l'article 555 et le contraindre à enlever, en déguerpissant, les constructions par lui élevées sur le sol sous-loué : trib. de Chambéry 2 août 1890 et Chambéry 29 juillet 1891, *Journal des Cours de Grenoble et Chambéry*, 1892.II.56.

1. Voy. sur cette formule *Les contrats et les obligations*, p. 237 et 745.
2. *Ibid.*, p. 752.

tère, il libère le locataire de son obligation de restituer (article 1302) [1].

Mais l'incendie n'a pas par lui-même ce caractère. La vraisemblance est, au contraire, qu'il est la conséquence d'une faute, et probablement d'une faute commise par l'une des personnes qui habitent la maison. Il ne suffit donc pas au locataire d'alléguer l'incendie pour être libéré ; obligé de rendre et tenu, par suite, de veiller à la conservation de la chose, il est responsable de l'incendie à moins qu'il ne prouve que celui-ci constitue un cas de force majeure en ce qui le concerne. D'où la responsabilité que les articles 1733 et 1734 font peser sur le locataire, à moins de preuve contraire ; cette responsabilité, telle qu'elle résulte de ces deux articles, dérive de l'obligation générale qui est mise à la charge du locataire par l'article 1732 : obligation de conserver la chose louée pour la rendre à la fin du bail.

540. Les articles 1733 et 1734 exigent une étude attentive. D'une part, l'hypothèse qu'ils prévoient se présente souvent en pratique. D'autre part et surtout, ils ont été modifiés par une loi du 5 janvier 1883, dont l'élaboration par les Chambres a été laborieuse et dont l'interprétation par les tribunaux demeure incertaine ; or les hésitations qui se sont fait jour, soit au sein des Chambres, soit dans les tribunaux, se rapportent toutes à la distinction, capitale en doctrine et sur laquelle nous avons déjà insisté [2], entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle.

Quand on envisage les articles 1733 et 1734 sous la forme qui leur a été donnée par le législateur de 1804, on éprouve inévitablement une incertitude sur le point de savoir si la responsabilité du locataire au cas d'incendie a un caractère contractuel ou délictuel [3]. L'incertitude se présente à propos de l'article 1733 ; la règle qu'il édicte paraît découler des principes de la responsabilité contractuelle, mais il y a telle partie de cette règle qui peut à la rigueur être regardée comme se rattachant plutôt aux principes de la responsabilité délictuelle. Cette incertitude, née du contexte de l'arti-

1. *Les contrats et les obligations*, p. 234, p. 546 et 547.

2. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 177 et 178, 233 et suiv., 278 et 279, 282 et 283, 745, 747 et 748, 775 et suiv., 816 et 817.

3. Sur les diverses hypothèses dans lesquelles il y a doute quant au point de savoir si l'on se trouve en présence d'une responsabilité délictuelle ou contractuelle, voy. *ibid.*, p. 235, note 1, p. 764, 769 et 770, 778 à 781, 788, note 2.

cle 1733, est aggravée par l'article 1734, dont l'économie générale ne se comprend que comme se rattachant aux principes de la responsabilité délictuelle. On peut soutenir que les deux articles se rattachent à ces principes ; on peut soutenir que le premier se rattache aux principes de la responsabilité contractuelle, le second à ceux de la responsabilité délictuelle ; il est difficile d'assigner à l'ensemble du système une base précise.

• Au cours des travaux préparatoires de la loi du 5 janvier 1883, ce défaut grave du système de 1804 a été mis en lumière, et un effort a été fait pour ramener à un principe doctrinal unique l'ensemble des règles posées par les articles 1733 et 1734. Mais les jurisconsultes qui ont fait effort en ce sens ont eu beaucoup de peine à se faire comprendre ; ils n'ont pas pu empêcher le vote d'amendements,qui sans doute ne compromettent pas l'équilibre du système, mais en rendent l'harmonie moins sensible et ouvrent la porte à des incertitudes. A l'heure présente encore, la controverse subsiste sur le point de savoir si les principes qui régissent la responsabilité contractuelle doivent seuls être pris en considération pour l'interprétation des articles 1733 et 1734, ou bien s'il faut faire place, sous certains rapports, à certaines conséquences des principes qui régissent la responsabilité délictuelle.

Ces indications générales suffisent à révéler l'importance de la matière. Il était indispensable de les présenter d'abord afin d'éclairer la route que nous allons parcourir [1].

541. Pour établir l'étendue et la limite de la responsabilité des locataires en cas d'incendie, telle qu'elle résulte des articles 1733 et 1734, il faut distinguer deux hypothèses.

La première ne soulève pas de difficulté vraiment grave. Il en est autrement de la seconde.

Première hypothèse.

542. C'est l'hypothèse dans laquelle il n'existe qu'un locataire unique. Elle est habituelle dans le bail à ferme et peut aussi se présenter dans le bail à loyer.

Dans cette hypothèse, l'article 1733 règle de la façon suivante la responsabilité du locataire au cas d'incendie : « Il

1. Nous indiquerons plus tard que les articles 1733 et 1734 sont inapplicables au colon partiaire ou métayer. Voy. *infrà*, n° 616.

« répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve : — que « l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou « par vice de construction, — ou que le feu a été communi- « qué par une maison voisine. »

543. Trois observations doivent être présentées sur ce texte.

1° L'article 1733 n'a subi aucune modification du fait de la loi du 5 janvier 1883. La loi de 1883 n'a touché qu'à l'article 1734. Mais les modifications introduites dans ce dernier article ne sont pas sans importance quant à la façon de comprendre l'article 1733, ainsi que nous aurons l'occasion de le voir [1].

2° La responsabilité dont le locataire est tenu par application de l'article 1733 est une responsabilité d'ordre contractuel [2]. La plupart des interprètes étaient d'accord sur ce point dès avant 1883, nonobstant quelques doutes provenant du contexte de l'article 1733 [3] ; mais ils éprouvaient un grand embarras à concilier l'article 1733, étant donné qu'ils le considéraient comme s'appuyant sur cette base, avec l'article 1734, dont les dispositions ne paraissaient conciliables qu'avec l'idée d'une responsabilité délictuelle [4]. Depuis 1883, aucun doute n'est plus possible, car nous verrons que la loi de 1883 a fait disparaître de l'article 1734 les dispositions qui se rattachaient à l'idée d'une responsabilité délictuelle [5]. Sans doute on dit souvent que la responsabilité établie par l'article 1733 repose sur une présomption de faute [6], et il arrive qu'on s'imagine que la faute ainsi présumée est une faute délictuelle ; mais la place même occupée par l'article 1733 démontre que les rédacteurs de cet article ont entendu y déduire les conséquences d'une responsabilité contractuelle : l'article 1732 déclare le locataire tenu de conserver la chose louée pour la rendre à la fin du bail, et l'article 1733 fait application de cette idée générale à l'hypothèse d'un incendie [7].

1. *Infrà*, n° 556.
2. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 234, n° 401.
3. Voy. *suprà*, n° 540, — *infrà*, n° 546.
4. *Suprà*, n° 540, — *infrà*, n°s 546 et 551.
5. Voy. *infrà*, n° 553.
6. Voy. par exemple Planiol. *Traité élémentaire*, 4e édition, II, p. 556. — Cpr. ce que nous avons dit nous même *suprà*, n° 539.
7. C'est en nous plaçant à ce point de vue que nous avons introduit (*supra*, n° 539) l'idée de la responsabilité du locataire en cas d'incendie.

3° Aux termes de l'article 1733, le locataire est responsable de l'incendie, non pas à moins de prouver qu'il n'est pour rien dans l'incendie, mais à moins qu'il ne prouve quelle est la cause, l'origine du sinistre. L'obligation mise de la sorte à la charge du preneur est une application de l'obligation générale mise à sa charge par l'article 1732. Mais cette obligation spéciale relative à l'incendie est plus étroite que l'obligation générale imposée au preneur par l'article 1732. Elle est plus étroite à deux points de vue, qu'il importe d'envisager séparément.

544. Premier point de vue. — L'article 1732 exonère le locataire de toute responsabilité lorsqu'il prouve que les dégradations ou les pertes survenues pendant sa jouissance « ont eu lieu sans sa faute ». L'article 1733, plus rigoureux, laisse la responsabilité de l'incendie à la charge du locataire tant qu'il n'a pas établi non seulement que la cause de l'incendie lui est étrangère, mais encore qu'elle se rattache à tel fait, à telle personne déterminée.

La différence entre les deux textes est considérable. Vainement le locataire écarterait-il de lui-même tout soupçon, par exemple en établissant que la maison était inoccupée depuis plusieurs mois au moment où l'incendie a éclaté. Cela n'empêche pas que le locataire n'ait manqué à l'obligation qui lui incombe de veiller à la conservation de la chose ; il ne peut dégager sa responsabilité qu'en la faisant passer sur une autre tête, c'est-à-dire en indiquant la cause et l'auteur responsable du sinistre.

545. A la vérité, il y a des auteurs[1] qui soutiennent que la différence entre les deux textes ne tire pas à conséquence, et que l'article 1733 est une simple réplique de l'article 1732. Bien qu'il soit rédigé en termes différents, il n'a pas pour effet d'introduire une règle nouvelle. Il ne fait que consacrer, dans l'hypothèse spéciale de l'incendie, la règle posée par l'article 1732[2].

1. Voy. en ce sens Guillouard, *Louage*, 3e édition, I, nos 268 et suiv., — Troplong, *Louage*, I, n° 382, — Larombière, sous l'article 1148, — Demante et Colmet de Santerre, VII, nos 179 *bis* I et II, — Demolombe, *Contrats*, V, n° 769. — Laurent adopte la même opinion ; mais, tout en partant du même point de départ que les auteurs précédents, il aboutit aux mêmes conclusions que ceux qui considèrent l'article 1733 comme apportant dérogation à l'article 1732. Voy. *Principes*, XXV, nos 276 et suiv.

2. On a parfois invoqué, en faveur de cette opinion, certaines déclarations

Mais cette opinion paraît difficilement soutenable[1].

D'une part, la comparaison des deux textes fait assez ressortir qu'ils édictent des règles différentes. Si le législateur avait voulu appliquer, en ce qui concerne l'exonération du locataire au cas d'incendie, la règle du droit commun, telle qu'elle résulte de l'article 1732, il n'aurait pas éprouvé le besoin de répéter cette règle dans l'article qui vient immédiatement après. Ou bien il l'aurait fait pour écarter toute possibilité d'équivoque, et alors il se serait gardé de créer précisément une raison de douter en modifiant la formule par coquetterie de style. Répéter la règle pour plus de clarté et lui donner une forme telle qu'elle ait l'air d'être une règle différente serait une maladresse qu'on n'a vraiment pas le droit d'imputer au législateur, alors qu'il n'existe pas même un indice qu'il l'ait commise.

D'autre part et surtout, il est facile de comprendre que le législateur ait entendu se montrer particulièrement rigoureux en ce qui concerne la responsabilité du locataire au cas d'incendie. L'incendie est le risque le plus fréquent et le plus grave auquel les immeubles soient exposés ; or le bailleur, qui

faites au cours des travaux préparatoires de la loi du 5 janvier 1883. A plusieurs reprises, dit-on, il a été proclamé que la responsabilité du locataire au cas d'incendie n'est pas autre chose que la responsabilité du droit commun : et l'on cite, en particulier, l'affirmation si nette de Batbie dans son rapport au Sénat : « Les articles 1733 et 1734 sont l'application à la matière du bail de « la règle posée dans l'article 1302 du Code civil. » Voy. *Journal officiel, Documents parlementaires du Sénat*, session ordinaire de 1882, p. 245 et suiv.

Mais ces déclarations n'ont aucune valeur au point de vue qui nous occupe. Au cours des travaux préparatoires de la loi de 1883, la question a été discutée de savoir si la responsabilité du locataire au cas d'incendie est une responsabilité délictuelle ou contractuelle ; l'idée a prévalu que c'est une responsabilité contractuelle ; et Batbie ne voulait pas faire autre chose que proclamer cette idée quand il inscrivait dans son rapport la phrase qui vient d'être citée. Cette phrase veut dire que la responsabilité du locataire est contractuelle ; on n'en peut rien tirer quant au point de savoir si c'est une responsabilité contractuelle comme les autres, ou si l'article 1733 la soumet à quelques règles particulières.

Au surplus et si l'on veut faire état d'incidents législatifs, il faut relever un fait caractéristique en sens contraire. Au cours des travaux préparatoires de la loi du 18 juillet 1889, sur le louage à colonage partiaire, M. le sénateur Clément a affirmé de la manière la plus nette, dans son rapport à la Chambre haute, que l'article 1733 énumère d'une façon limitative les modes de justification dont le locataire peut se prévaloir. Voy. *Journal officiel* du 15 juin 1880, *Documents parlementaires du Sénat*, p. 6489.

1. En ce sens : Marcadé, VI, p. 462, — Aubry et Rau, 4e édition, IV, § 367, texte et notes 20 à 22, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, 2e édition, I, nos 973 et suiv.

s'est dessaisi de sa chose et en a confié la garde au locataire, se trouve dans l'impossibilité de surveiller cette chose, afin d'empêcher qu'elle ne soit détruite par le feu ; dès lors, il est naturel que l'obligation de veiller sur la chose soit imposée d'une manière stricte par la loi au preneur. Gardien de l'immeuble et tenu d'en assurer la conservation pour en effectuer la remise à la fin du bail, il doit non seulement s'abstenir de mettre lui-même le feu, mais faire en sorte que le feu ne puisse être mis par personne ; donc il ne lui suffit pas, pour s'exonérer de toute responsabilité à raison de l'incendie survenu, d'établir qu'il n'en est pas l'auteur, il lui faut établir qu'il n'a pas pu l'empêcher.

Ainsi s'explique la rigueur spéciale avec laquelle la loi traite le locataire au point de vue qui nous occupe.

546. On a parfois tiré argument de cette rigueur pour soutenir que la responsabilité du locataire est une responsabilité non pas contractuelle, mais délictuelle. Car, a-t-on dit, s'il s'agissait d'une responsabilité contractuelle, comme dans le cas de l'article 1732, il n'y aurait pas de raison pour ne pas admettre le locataire à s'exonérer de la responsabilité dans les conditions prévues par l'article 1732 ; le fait que la loi se montre plus rigoureuse est la preuve qu'il s'agit d'une responsabilité d'autre espèce.

L'argumentation produite en ces termes trouvait un point d'appui, antérieurement à 1883, dans la considération suivante. On faisait observer que l'article 1734 consacrait, à propos de la responsabilité du locataire en cas d'incendie, des règles se rattachant manifestement aux principes de la responsabilité délictuelle ; on était naturellement porté à penser que l'article 1733 devait se rattacher aux mêmes principes, et on croyait en trouver la preuve dans la rigueur spéciale des conditions exigées du locataire au point de vue de l'exonération de sa responsabilité. Le rapprochement de l'article 1734 et de la règle rigoureuse inscrite dans l'article 1733 était présenté comme démontrant que la responsabilité du locataire en cas d'incendie était une responsabilité délictuelle [1].

Mais nous avons montré que la rigueur de l'article 1733 peut s'expliquer autrement. D'autre part, nous avons indiqué

1. Voy. *suprà*, nos 540 et 543, — *infrà*, no 551.

déjà [1] — et nous insisterons plus tard sur ce point [2] — que les traces de responsabilité délictuelle qui se trouvaient dans l'article 1734 ont été effacées en 1883. De sorte qu'il ne reste plus rien de l'argumentation que nous venons de rappeler.

547. Donc le locataire, pour être indemne, doit établir qu'il ne lui a pas été possible d'empêcher l'incendie. Dans quelle mesure la loi l'autorise-t-elle à faire cette preuve?

L'article 1733 dit que le locataire est exonéré s'il parvient à prouver : ou bien que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, — ou bien qu'il est imputable à un vice de construction, — ou bien que le feu a été communiqué par une maison voisine. Si le locataire fournit la preuve d'un de ces trois faits, aucune difficulté ne s'élève [3].

1. *Suprà*, n° 543.

2. *Infrà*, n° 553.

3. La jurisprudence abonde en décisions sur le point de savoir à quelles conditions la preuve d'un des trois faits visés par l'article 1733 peut être regardée comme valablement faite.

a) Le cas fortuit et la force majeure n'exonèrent le locataire qu'autant qu'ils n'ont été précédés d'aucune faute ou imprudence imputable à ce dernier : Cass. 18 janvier 1870, D. P. 1871.I.54, — Orléans 4 décembre 1886. *Gazette des Tribunaux* du 17 décembre 1886, *Pandectes françaises périodiques*, 1887.II.143, — Dijon 29 juillet 1889, *Journal des assurances*, 1889, p. 521.

L'incendie allumé par malveillance constitue le cas fortuit, encore que l'auteur en soit demeuré inconnu : Rouen 12 avril 1870, D. P. 1872.II.23, — Bordeaux 10 mars 1884, *Recueil périodique des assurances*, 1885, p. 623, — Marseille 9 juillet 1885, *ibid.*, 1885, p. 435, — Amiens 6 janvier 1886, *ibid.*, 1886, p. 156. Mais les simples soupçons de malveillance ne sauraient produire le même effet : Douai 30 mars 1888, *Journal des assurances*, 1888, p. 264.

b) Trois conditions sont nécessaires pour que le preneur puisse exciper du vice de construction.

1° Il faut que le vice de construction ne provienne pas d'une installation défectueuse à laquelle le locataire aurait procédé lui-même, par exemple de l'installation d'une cheminée ou d'un calorifère, fut-ce avec le consentement du bailleur : trib. de la Seine 21 décembre 1887, *Gazette des Tribunaux* du 4 février 1888. Toutefois, la simple aggravation du vice de construction par le fait du locataire, quand elle est conforme à la destination donnée aux lieux par le bailleur, ne fait pas perdre au preneur le bénéfice de l'exonération : trib. de Mamers 20 novembre 1887, *Recueil périodique des assurances*, 1887, p. 465.

2° Il faut que le preneur établisse une relation de cause à effet entre le vice de construction et le sinistre : Cass. 11 janvier 1870, D. P. 1870.I.335. — Douai 6 janvier 1877, *Journal des assurances*, 1877. p.420, — trib. de Marmande 23 mars 1886, *Recueil périodique des assurances*, 1886, p. 576, — Paris 17 novembre 1893, D.P. 1894.II.165. — Cpr. Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e édition, I, n° 977.

3° Il faut que le sinistre ait vraiment pour cause un vice de construction et non un état défectueux provenant d'un défaut d'entretien. Dans ce dernier cas, le preneur est responsable s'il n'a pas signalé au bailleur le danger que ce défaut d'entretien faisait courir à l'immeuble, à plus forte raison s'il n'a pas effectué les réparations locatives à sa charge personnelle.

c) Quand le locataire prouve que le feu a été communiqué par une mai-

Mais on s'est demandé si le locataire peut alléguer d'autres causes de justification que celles indiquées par l'article 1733, ou bien si l'énumération faite par cet article est limitative.

Cette question a donné lieu à des discussions très vives. Elles auraient pu être abrégées si l'on avait pris soin de poser nettement la question avant de chercher à la résoudre. Elles auraient dû même ne pas être soulevées si l'on avait pris la peine de lire avec attention l'article 1733.

Indiquons d'abord comment la question se pose. Elle ne peut pas se poser pour les interprètes qui regardent l'article 1733 comme une application pure et simple de l'article 1732 ; pour ceux-là, l'article 1733 est une paraphrase de l'article 1732, indiquant certaines preuves au moyen desquelles le locataire peut dégager sa responsabilité, mais sans le priver d'aucune des facilités qui lui sont offertes à cet égard par le droit commun. La question ne se pose que pour les interprètes qui considèrent l'article 1733 comme ayant introduit une dérogation au droit commun au préjudice du locataire ; ceux-là peuvent se demander quelle est l'étendue de cette dérogation, et si l'article 1733 se contente d'imposer au locataire la preuve que l'incendie se rattache à tel fait, à telle personne déterminée, ou bien s'il entend lui imposer de faire cette preuve d'une certaine manière et pas autrement. De sorte qu'on s'égare quand on fait appel, pour résoudre la question dont il s'agit, à des considérations relatives au point de savoir si l'article 1733 est une application du droit commun de l'article 1732 ; la question ne peut se poser que si l'article 1733 déroge au droit commun.

D'ailleurs, la question posée n'en est une qu'en apparence. Il est facile de s'en convaincre en analysant avec soin l'article 1733 [1]. Le texte commence par dire que le locataire est exonéré s'il arrive à prouver que l'incendie est arrivé « par cas « fortuit ou force majeure ». Puis il ajoute : « ou par vice de « construction, — ou que le feu a été communiqué par une « maison voisine ». Et il ne fait ainsi que redoubler l'idée,

son voisine et que la maison où le feu s'est déclaré appartient au locataire, il y a des distinctions à faire. Voy. trib. de la Seine 2 mars 1875, *Journal des assurances*, 1875, p. 182, — Paris 17 juin 1879, *Gazette des Tribunaux* du 6 juillet, — Cass. 28 novembre 1881, Sir. 1883.1. 209, — trib. de Perpignan 23 mai 1887, *Recueil périodique des assurances*, 1887, p. 233.

1. Cette observation est présentée avec beaucoup de raison par M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 4e édition, II, p. 557.

car le vice de construction et la communication du feu par une maison voisine ne sont évidemment pas autre chose que des cas fortuits ou de force majeure. L'idée dominante est donc que le locataire est exonéré quand il prouve que l'incendie a pour cause un cas fortuit ou de force majeure. Ainsi que le dit un auteur, « comme tout ce qui n'est pas faute du « locataire est cas fortuit, il s'ensuit que le locataire peut « s'affranchir de toute responsabilité en établissant que l'in« cendie a eu une cause quelconque, autre qu'une faute de « sa part [1] ».

Ajoutons que la jurisprudence a une tendance à se montrer peu rigoureuse en ce qui concerne l'administration de la preuve par le locataire [2]. Elle n'exige pas que le locataire prouve directement la cause de l'incendie, ce qui serait souvent difficile ; elle se contente que le locataire prouve d'une manière précise l'absence de toute faute à lui imputable, et elle considère que de cette preuve résulte indirectement l'existence d'un cas fortuit de nature inconnue [3].

Cette jurisprudence est peut-être un peu prétorienne. Une fois qu'on l'admet, on est bien près de tenir pour non avenu le principe en vertu duquel il ne suffit pas au locataire, pour s'exonérer, d'établir qu'il n'a pas mis le feu. La pente est glissante. Mais il est juste d'observer que la jurisprudence a su se garder de tout excès en ce sens ; nous avons déjà signalé [4] qu'elle ne regarde pas le locataire comme quitte par cela seul qu'il prouve avoir été absent au moment où l'incendie a éclaté [5].

1. Planiol, *loc. cit.*, p. 557. — Voy. cependant en sens contraire : Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, 2e édition, I, n° 978, — Marcadé, sur les articles 1733 et 1734, — Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 484 et 485 ; — cpr. Limoges 9 juin 1877, D. P. 1878.II.33, — Bourges 2 mars 1881.II.111, — Cass. 16 août et 30 août 1882, D. P. 1883.I.213, — Orléans 4 décembre 1886, D. P. 1888.II.63.

2. Cass. 14 novembre 1853, D. P. 1854.I.56, Sir. 1854.I.676, — 20 avril 1859, D. P. 1859.I.318, Sir. 1859.I.495, — 11 janvier 1870, Sir. 1870.I.335, — Caen 15 juin 1872 et Nancy 21 mai 1873, Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° *Louage*, n° 213, — Amiens 10 avril 1877, D. P. 1878.V.310, — Dijon 26 mars 1879, Sir. 1879.II.67, — Amiens 9 avril 1880, Sir. 1880.II.212, — 6 janvier 1886, D. P. 1887.II.152, — Orléans 4 décembre 1886, D. P. 1888.II.63, Sir. 1888.II.154, — Riom 11 août 1891, D. P. 1892.II.175, — Caen 1er décembre 1892, D. P. 1893.II.379, — Alger 25 novembre 1893, D. P. 1894.II.503, — Douai 28 mars 1901, D. P. 1901.II.233.

3. Planiol, *loc. cit.*, p. 557 et 558.

4. Voy. *suprà*, n° 544.

5. Voy. Paris 10 mai 1834, Dalloz, *Répertoire*, v° *Louage*, n° 379, — trib. de Bor-

548. Second point de vue.— Le preneur n'est pas seulement responsable de la perte résultant de l'incendie. La destruction de la chose louée peut entraîner la résiliation du bail (article 1722) ; et le locataire est responsable du dommage qui résulte pour le bailleur de cette résiliation [1].

L'indemnité due par le locataire à raison de la résiliation du bail est indépendante de celle qui serait payée par une Compagnie d'assurances pour le sinistre lui-même. L'indemnité payée par une Compagnie d'assurances ne représente que la valeur de l'immeuble. L'indemnité due par le locataire au cas de résiliation du bail par suite d'incendie est due par application de l'article 1760 : « En cas de résiliation par la faute « du locataire, celui-ci est tenu de payer le prix du bail pen- « dant le temps nécessaire à la relocation, sans préjudice des « dommages-intérêts qui ont pu résulter de l'abus. » Le locataire qui ne peut fournir une des justifications exigées par la loi est réputé l'auteur de l'incendie, et il est responsable de toutes les suites du sinistre [2].

Toutefois, le locataire d'un immeuble dans lequel le propriétaire aurait laissé du mobilier ne serait pas responsable de ce mobilier [3].

549. La responsabilité établie par l'article 1733 à la charge du preneur est donc une responsabilité très lourde. Il faut ajouter qu'elle est encourue, en fait, d'une manière effective et stricte.

Il en est ainsi pour deux raisons.

La première est que les propriétaires bailleurs trouvent naturellement cette responsabilité fort de leur goût.

La seconde est que le preneur est le plus souvent appelé à répondre non pas auprès du propriétaire, mais auprès de créanciers plus exigeants et surtout plus pressants, auprès

deaux 23 juillet 1856, *Journal des Assurances*, 1857, p. 63,— Cass. 26 mai 1884. D. P. 1885.I.209, — trib. de Toulouse 31 juillet 1885, *Recueil périodique des Assurances*, 1886, p. 639, — Lyon 11 mars 1898, *Gazette du Palais*, 1901. I.546, — Bordeaux 5 juin 1905, D. P. 1906.V.35.

1. Voy. Planiol, *Traité élémentaire*, 4e édition, II. p. 557. — Cpr. Cass. 24 novembre 1879. D. P. 1880. I. 385, Sir. 1880.I.319.

2. *Sic* : Paris 4 janvier 1861, *Journal des Assurances*, 1861, p. 77, — Mulhouse 19 mars 1862, *ibid.*, 1862, p.927. — Paris 20 juillet 1863, *ibid.*, 1864, p. 45, — Cass. 3 novembre 1869, D. P. 1870.I.213, — Paris 17 janvier 1879, *Journal des Assurances*, 1879, p. 202.

3. Grenoble 23 avril 1864, *Journal des Assurances*, 1867, p. 229, — Nîmes 15 mars 1884, D. P. 1884.II.98, Sir. 1885.II.1 note de M. Labbé).

des Compagnies d'assurances. Il est rare que le propriétaire d'un immeuble, donnant son immeuble à bail, ne prenne pas la précaution de l'assurer contre l'incendie. Supposons qu'il en soit ainsi. La Compagnie d'assurances, en cas de sinistre, n'est pas subrogée légalement dans les droits du propriétaire contre le locataire ; en effet, aucun texte spécial n'accorde à la Compagnie le bénéfice d'une pareille subrogation, et la Compagnie ne se trouve dans aucun des cas où l'article 1251 décide que la subrogation a lieu de plein droit[1]. Mais rien ne s'oppose à ce que le propriétaire, désintéressé par la Compagnie, consente à celle-ci une subrogation conventionnelle dans ses droits contre le locataire[2]. Souvent, le propriétaire consent cette subrogation, à titre éventuel, dans la police d'assurance ; d'autres fois, il subroge la Compagnie en touchant l'indemnité, dans la quittance, ce qui constitue une cession parfaitement valable de la créance du propriétaire contre le locataire. De quelque façon que la subrogation soit consentie, le locataire se trouve placé, par l'effet de cette subrogation, en présence d'un adversaire par lequel il a peu de chances d'être ménagé.

Seconde hypothèse.

550. C'est l'hypothèse dans laquelle il y a plusieurs locataires. Elle est habituelle dans les baux à loyer ; elle peut également se présenter dans les baux à ferme, bien qu'elle y soit plus rare.

Tous les locataires sont responsables (article 1734 alinéa 1), car ils sont tous gardiens de la chose louée et tous tenus de la rendre. Leur responsabilité ne cesse que dans deux cas ; autrement dit, ils peuvent invoquer deux moyens de défense. D'une part, ils peuvent prouver « que l'incendie a commencé dans « l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-là seul en est « tenu » (article 1734 alinéa 2). D'autre part, chacun d'eux peut prouver que l'incendie n'a pas pu commencer chez lui, et tous ceux qui parviennent à faire cette preuve échappent à la responsabilité (article 1734 alinéa 3). Hors ces deux hypothèses et, par conséquent, dans tous les cas où la cause du sinistre reste ignorée, tous les locataires sont tenus.

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 507 et suiv.
2. *Ibid.*, p. 505.

551. L'article 1734, dans la rédaction primitive de 1804, ajoutait qu'ils étaient tenus solidairement, et c'était un cas de solidarité légale[1]. Chacun était tenu pour le tout, au lieu de ne l'être que pour sa part conformément au droit commun. De sorte que le bailleur, en cas de sinistre, pouvait s'adresser à l'un quelconque d'entre eux et lui réclamer la totalité de la réparation due, sauf au locataire poursuivi à se régler ensuite avec les autres (article 1214)[2].

Cette disposition était doublement critiquable.

a) D'une part, il était difficile d'en donner une justification plausible. Le droit commun veut que l'obligation dont plusieurs personnes sont tenues se divise entre elles[3]. De plus, les divers locataires ne sont pas tenus de la même dette ; quand ils ont passé bail, ils l'ont fait isolément, par suite divisément ; chacun n'a charge de conserver la chose, de veiller sur elle et de la rendre que dans la mesure de son droit et pour la part qu'il occupe dans l'immeuble loué.

De quelle conception procédait donc l'article 1734 ancien ? La règle qu'il consacrait était une innovation du Code civil, et une innovation vraiment malencontreuse. Le tribun Mouricault, présentant l'article 1734 au Tribunat, la justifiait en ces termes : « Il y a un point certain : c'est que le propriétaire, qui éprouve le dommage, a droit à une indemnité ; « et, à côté de ce droit, est le fait également certain que l'incendie, ayant commencé dans la maison, est le produit de « la faute des locataires, quels qu'ils soient. C'est donc sur « les locataires que doit porter l'action de garantie ; et, quand « le coupable n'est pas connu, il faut bien que ce soit sur « tous. C'est à eux à se surveiller mutuellement, surtout « désormais, au moyen de l'avertissement que la loi leur donne ici. Il en résultera non seulement que le propriétaire « lésé ne restera pas sans indemnité, mais encore qu'une « surveillance plus active préviendra sinon toujours l'incendie, du moins toujours ses progrès. Et, sous ce point de vue, « la disposition du projet a le double mérite d'être juste et « salutaire[4]. »

Il est possible que la règle consacrée par l'ancien arti-

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, n° 684.
2. *Ibid.*, p. 420 et 429.
3. *Ibid.*, n° 682, p. 410 et 411.
4. Fenet, XIV, p. 328.

cle 1734 fût salutaire, quoique ce droit et ce devoir de surveillance réciproque fussent une illusion en fait.

Il est discutable que la règle fût juste. En effet, le raisonnement présenté par Mouricault revient à dire qu'en présence de plusieurs responsabilités possibles, faute de pouvoir préciser qui doit encourir la responsabilité, on frappe à l'aveugle tous ceux qui y sont exposés. Ce n'est pas là de la justice distributive vraiment scrupuleuse.

En réalité, la solidarité ne pouvait guère s'expliquer que par l'idée d'une présomption de faute collective, établie par la loi à la charge des locataires. Le législateur de 1804 a pensé que l'intérêt du propriétaire bailleur doit primer tout le reste, et il a voulu le sauvegarder à tout événement en établissant la présomption de faute. Evidemment, la faute présumée de la sorte ne pouvait être que délictuelle ; or il est le principe que les co-auteurs d'un délit civil sont solidairement responsables des conséquences de ce délit [1] ; donc la solidarité imposée aux co-locataires était une application pure et simple du droit commun de la responsabilité délictuelle [2].

Dès lors, il est aisé de comprendre que l'article 1734, se rattachant ainsi aux principes de la responsabilité délictuelle, fût difficile à concilier avec l'article 1733, dont les dispositions dérivent, nous l'avons vu, des principes de la responsabilité contractuelle [3]. La discordance des deux articles avait conduit certains interprètes à se demander, nous l'avons indiqué [4], si la responsabilité établie par l'article 1733 n'est pas, elle aussi, de nature délictuelle, étant donné surtout qu'une partie des règles consacrées par l'article 1733 peuvent être considérées, à la rigueur, comme se rattachant aux principes de la responsabilité délictuelle [5].

b) **D'autre part**, l'ancien article 1734 prêtait aux difficultés d'application les plus graves.

1° D'après quelles données devait se faire la répartition

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 445 et suiv., — p. 818.

2. La solidarité légale établie par l'ancien article 1734 entre les co-locataires était citée comme un exemple de solidarité imparfaite par les interprètes qui admettent l'existence de deux espèces de solidarités. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 440 et suiv., spécialement p. 444.

3. Voy. *suprà*, n° 543.

4. *Ibid.*, n°s 540 et 543.

5. *Ibid.*, n° 546.

entre les divers locataires, une fois le bailleur désintéressé ? Devait-elle s'effectuer par parts viriles, de telle sorte que le locataire qui occupait une mansarde d'un faible loyer dût être regardé comme tenu de la même manière que celui qui occupait le premier étage et payait un loyer fastueux ? Devait-elle être opérée proportionnellement à la valeur locative de la part occupée par chacun ?

2° Comment l'article 1734 devait-il être appliqué dans le cas où le propriétaire, le bailleur, occupait lui-même une partie de la maison louée ? Le bailleur conservait-il son droit contre les autres locataires ? Ne fallait-il pas le considérer lui-même comme un locataire et lui appliquer pour sa part l'article 1734 ?

Ces questions, agitées dès l'apparition du Code civil de 1804, ont donné lieu, jusqu'en 1883, à des controverses et à de continuels procès [1]. La loi du 5 janvier 1883 a essayé d'y mettre un terme, en modifiant l'article 1734 [2].

552. Voici qu'elle est l'économie générale de cette loi.

L'article 1733, relatif au cas où la maison louée est occupée par un preneur unique, reste ce qu'il était [3]. La loi nouvelle est étrangère à cette hypothèse.

Les deux derniers alinéas de l'article 1734 ne sont pas modifiés davantage [4].

L'innovation n'a porté que sur le premier alinéa de l'article 1734. La loi de 1883 a fait subir à cette partie du texte primitif deux modifications, l'une explicite, l'autre implicite, mais non moins certaine.

553. Explicitement, la loi de 1883 a supprimé la solidarité des co-locataires. Cette solidarité disparaît pour faire place à la proportionnalité ; désormais, la responsabilité de chaque locataire est proportionnelle à la valeur locative de la partie de l'immeuble qu'il occupe. Le premier alinéa du nouvel article 1734 est ainsi conçu : « S'il y a plusieurs locataires, tous

1. Voy. sur ces controverses Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 486, — Laurent, *Principes*, XXV, p. 295.

2. Voy. sur les origines de la loi le rapport de M. Durand à la Chambre des députés et celui de Batbie au Sénat, dans D. P. 1883.IV.17. — Cpr. la note de M. Labbé dans Sir. 1885.II.1, — et Sauzet. *De la responsabilité des locataires vis-à-vis du bailleur au cas d'incendie d'après le nouvel article 1734 du Code civil*, dans la *Revue critique*, année 1885, p. 166 et suiv., — et Guillouard, *Louage*, 3e édition, I, p. 260 et suiv.

3. Cpr. *suprà*, n° 543, p. 384.

4. *Ibid.*, n° 550, — et *infrà*, n° 558.

« sont responsables de l'incendie, proportionnellement à la « valeur locative de la partie de l'immeuble qu'ils occupent. »

La valeur locative sera le plus habituellement, pour chaque locataire, le chiffre de son loyer. Toutefois, ce chiffre peut ne pas représenter exactement la valeur locative ; en cas de contestation, on devra s'attacher à la valeur locative véritable, fixée au besoin par experts.

Ce mode de répartition n'est pas, d'ailleurs, absolument juste. Il serait plus équitable, pour fixer l'assiette de la responsabilité, de tenir compte, en outre, de l'étendue des lieux loués, des dangers plus ou moins grands auxquels chaque partie de l'immeuble est exposée par suite des habitudes et de la profession du preneur. Mais on a reculé devant les difficultés de telles appréciations. L'idée de la responsabilité proportionnelle a paru préférable à raison même de sa simplicité. Chaque locataire n'est plus gardien que pour sa part, ce qui écarte l'idée bizarre du tribun Mouricault, d'après laquelle chacun des locataires a le droit et le devoir de surveiller les autres [1].

Telle est la modification explicite et formelle introduite par la loi de 1883.

554. Implicitement, la loi de 1883, en supprimant la solidarité des colocataires, a déterminé d'une manière nette la nature juridique de la responsabilité qui pèse sur le locataire au cas d'incendie. Nous avons vu [2] que la règle de la solidarité, se rattachant rationnellement à l'ensemble des principes qui régissent la responsabilité délictuelle, a servi de base et comme de pivot aux argumentations tendant à contester que la responsabilité des locataires au cas d'incendie fût une responsabilité contractuelle véritable et sans alliage d'éléments délictuels ; la suppression de la solidarité réduit à néant ces argumentations et ne laisse plus subsister aucune raison de voir dans la responsabilité établie par les articles 1733 et 1734 autre chose qu'une responsabilité purement contractuelle.

Peut-être dira-t-on qu'il est excessif d'attacher une pareille importance doctrinale à une innovation législative qui a pu n'être réalisée que pour des raisons d'équité et sous l'empire de préoccupations exclusivement pratiques. Il faut répon-

1. Voy. *suprà*, p. 393.
2. *Ibid.*, p. 394.

dre que les travaux préparatoires de la loi de 1883 contiennent des déclarations très nettes, émanant des membres les plus qualifiés des deux Chambres, d'où il résulte que l'intention du législateur a été de donner décidément pour base aux articles 1733 et 1734 l'idée de la responsabilité contractuelle. Rien n'est plus caractéristique à cet égard que le passage suivant du rapport de Batbie au Sénat : « Dans le « cas de l'article 1382, entre parties qui ne sont pas liées par « des contrats, le propriétaire est obligé, pour justifier sa « demande, de prouver que la chose a péri par le fait et la « faute du défendeur. Dans le cas de l'article 1302, le pro- « priétaire agit en restitution en vertu du contrat, et le déten- « teur, s'il excipe de la perte fortuite, doit prouver son ex- « ception, et démontrer que la chose a péri sans sa faute. « Les articles 1733 et 1734 sont l'application à la matière du « bail de la règle posée dans l'article 1302 du Code civil[1]. »

555. Le principe étant tel et désormais incontestable, c'est de ce principe qu'il faut s'inspirer pour résoudre les diverses questions qui se sont élevées ou qui pourraient venir à s'élever en ce qui concerne l'interprétation soit de l'article 1733, soit de l'article 1734.

556. Nous n'avons pas à revenir sur l'article 1733. Nous avons vu que des dissentiments se sont fait jour sur l'interprétation qu'il convient d'en donner, et que certains auteurs, antérieurement à 1883, ont prétendu faire état, pour l'interprétation de l'article 1733, de règles empruntées au régime de la responsabilité délictuelle[2]. A l'heure présente, aucune prétention de ce genre ne peut être regardée comme recevable. Certes, cela ne suffit pas pour éliminer toute difficulté touchant l'interprétation de l'article 1733, car on peut admettre que la responsabilité dont il parle est une responsabilité contractuelle sans considérer pour cela que cette responsabilité soit soumise purement et simplement au droit commun de la responsabilité contractuelle[3]; mais cela prouve au moins qu'il faut faire abstraction de toute réminiscence du régime de la responsabilité délictuelle.

1. Voy. *Journal officiel, Documents parlementaires du Sénat*, mai 1882, p. 245 et suiv. — Cpr. un long passage du rapport de M. Durand à la Chambre des députés, dans Guillouard, *Louage*, 3ᵉ édition, I, p. 263 et suiv. — Voy. aussi Sauzet, *loc. cit.*, nᵒˢ 4 et suiv.
2. Voy. *suprà*, nᵒˢ 540 et 543.
3. *Ibid.*, nᵒˢ 544 et 545.

557. Quant à l'article 1734, il donne naissance à trois questions principales, dont la solution met en jeu le principe même de la réforme législative opérée en 1883. Si les auteurs et la jurisprudence s'étaient attachés plus fermement au principe, ils auraient coupé court à des controverses dont la pratique s'embarrasse, et au milieu desquelles il y a risque de voir s'oblitérer, en quelque sorte, le principe fondamental qui domine la matière depuis 1883.

Envisageons successivement ces trois questions.

558. **Les deux premières** se rattachent aux alinéas 2 et 3 de l'article 1734. Il est à remarquer que ces deux alinéas n'ont pas été modifiés en 1883 [1] ; mais nous savons que l'alinéa 1 l'a été gravement [2] ; et on conçoit, dès lors, que les deux alinéas suivants, s'ils n'ont subi aucune modification *in terminis*, puissent être désormais dominés par des principes nouveaux et doivent être interprétés autrement qu'ils ne l'étaient naguère.

Commençons par rappeler les termes du premier alinéa de l'article 1734 : « s'il y a plusieurs locataires, tous sont « responsables de l'incendie proportionnellement à la valeur « locative de la partie de l'immeuble qu'ils occupent. » L'alinéa 2 continue : « à moins qu'ils ne prouvent que l'incendie « a commencé dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas « celui-là seul en est tenu. » Et l'alinéa 3 : « ou que quel- « ques-uns ne prouvent que l'incendie n'a pu commencer « chez eux, auquel cas ceux-là n'en sont pas tenus. »

Ces deux derniers alinéas distinguent deux hypothèses. Et dans chacune d'elles une question se pose.

1° Parmi les locataires, quelques-uns prouvent que l'incendie n'a pas pu commencer chez eux. Ils sont exonérés ; le texte est formel à cet égard. Mais qui va supporter les conséquences de cette exonération ? Sera-ce le propriétaire de l'immeuble ou les autres locataires ? Les autres locataires seront-ils astreints à payer au propriétaire la part d'indemnité afférente au locataire qui a prouvé que l'incendie n'a pas pu commencer chez lui ? Ou bien le montant de l'indemnité payée au propriétaire sera-t-il diminué de la part afférente à celui des locataires qui a trouvé le moyen de se rendre indemne ?

1-2. Voy. *suprà*, n° 552.

2° Les locataires ont fourni la preuve que le feu a commencé dans l'habitation de l'un d'eux. Celui-là seul est tenu ; le texte est formel à cet égard. Mais de quoi va-t-il être considéré comme tenu ? Devra-t-il indemniser le propriétaire de la totalité du dommage résultant de l'incendie ? Ou bien ne sera-t-il tenu de l'indemniser qu'en proportion de la valeur locative de la partie de l'immeuble occupée par lui locataire ?

Les deux questions sont connexes. Elles se posent séparément, mais elles doivent être résolues par application de la même idée générale.

559. Cette idée générale est celle que nous avons rencontrée déjà[1] sous la plume de Batbie dans son rapport au Sénat : « Les articles 1733 et 1734 sont l'application à la matière du « bail de la règle posée dans l'article 1302 du Code civil. » En d'autres termes, chacun des locataires, tenu de restituer la chose louée à la fin du bail, est responsable de l'inexécution de cette obligation de rendre, et ne saurait, par conséquent, être tenu au delà des limites de cette obligation.

Faisons application de cette idée générale aux deux questions posées. Si l'un des locataires parvient à s'exonérer en prouvant que l'incendie n'a pas pu commencer chez lui, la responsabilité des autres locataires ne peut pas se trouver par là modifiée ; l'une des personnes responsables étant exonérée, l'indemnité perçue par le propriétaire se trouve diminuée d'autant, et le propriétaire supporte seul les conséquences de l'exonération [2]. Si les locataires prouvent que l'incendie a commencé chez l'un d'eux, ils établissent, par là même, que l'incendie constitue un cas fortuit à leur égard et s'exonèrent de toute responsabilité en ce qui concerne l'incendie ; mais cette exonération ne saurait accroître l'étendue de la responsabilité du locataire qui reste tenu, lequel n'est toujours tenu que pour sa part [3]. Dans les deux cas, la solu-

1. *Suprà*, n° 554.

2. Guillouard, *Louage*, 3e édition, I, n° 277. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e édition, I, n° 987, — Charmont, *Revue critique*, XX, 1891, p. 85 ; — Pau 15 juillet 1891, sous Cass. 9 mai 1892, D.P. 1892.I.607.

3. Guillouard, *loc. cit.*, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*, n° 989, — Vavasseur, *Journal des Assurances*, 1883, p. 161 et suiv., — de Lalande, *Traité théorique et pratique du contrat d'assurance contre l'incendie*, nos 659 et suiv., — Sauzet, *op. cit.*, n° 19.

Réserve doit être faite, bien entendu, de l'hypothèse dans laquelle le propriétaire établirait l'existence d'une faute délictuelle à la charge du locataire non exonéré de la responsabilité contractuelle. Dans cette hypothèse, le locataire

tion découle de ce fait, auquel il faut toujours revenir, que la loi de 1883 a décidément attribué à la responsabilité du locataire au cas d'incendie un caractère contractuel.

Mais il convient d'ajouter que la jurisprudence n'a pas su dégager avec rigueur les conséquences du principe posé en 1883. Les solutions admises sont des solutions bâtardes, dans lesquelles les tribunaux font place, suivant des données purement empiriques et par conséquent inacceptables, aux principes de la responsabilité délictuelle et à ceux de la responsabilité contractuelle [1].

L'un des locataires s'est-il exonéré en prouvant que le feu n'a pas pu commencer chez lui, la jurisprudence [2] décide que la part de responsabilité afférente à ce locataire exonéré doit être supportée par les autres locataires, ce qui est contraire aux principes de la responsabilité contractuelle. Puis, à la question de savoir dans quelle mesure chacun des locataires restant tenus supporte la part de responsabilité du locataire exonéré, la jurisprudence [3] répond qu'ils se partagent cette part de responsabilité non point par portions viriles, mais proportionnellement à la valeur locative des diverses portions de l'immeuble qu'ils occupent, ce qui est manifestement une application des principes régissant la responsabilité contractuelle.

La preuve a-t-elle été faite que le feu a commencé chez l'un des locataires, les autres sont exonérés. La jurisprudence décide que le locataire restant seul tenu doit réparer l'intégralité du dommage causé au propriétaire par l'incendie, suivant la règle admise en matière de responsabilité délictuelle [4].

en question serait tenu de réparer l'intégralité du préjudice éprouvé par le propriétaire ; mais son obligation aurait sa source dans une responsabilité délictuelle (article 1382) et non dans une responsabilité contractuelle en qualité de locataire (article 1734). Guillouard, *Louage*, 3e édition, I, n° 277, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e édition, I, nos 989 et 992. — Cpr. *Les contrats et les obligations*, n° 402, — et *infrà*, p. 403.

1. Voy. Planiol, 4e édition, II, p. 559, note I.

2. Cass. 4 juin 1889, D. P. 1890.I.351, — Orléans 10 mai 1890, D. P. 1891. II.230.

3. Cass. 4 juin 1889 et Orléans 10 mai 1890, précités, — Cass. mai 1892, D. P. 1892. I.607, Sir. 1892.I.240. — Voy. en ce sens le rapport de M. le conseiller Delise, sous Cass. 5 avril 1887, D.P. 1887.I.429.

4. Nîmes 29 décembre 1883, D. P. 1884.II.97, — Toulouse 19 février 1885, D. P. 1885.II.137, — Dijon 23 décembre 1885, D. P. 1886.II.246, — Cass. 5 avril 1887, D. P. 1887.I.329, Sir. 1887.I.125, — 4 juin 1889, D. P. 1890.I 351, Sir. 1889. I. 477.

Par une fortune étrange, il se trouve que cette jurisprudence peu cohérente a trouvé un apologiste inattendu dans le rapporteur même de la loi de 1883 au Sénat. Batbie, dans une étude publiée par la *Revue critique* en 1884, a donné l'exemple de la confusion complète entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle, rétablissant ainsi de ses propres mains l'équivoque que la loi nouvelle avait eu pour objet de faire disparaître, et que personne n'avait plus nettement, plus vigoureusement signalée, au cours des travaux préparatoires, que le rapporteur de la commission du Sénat[1] ! L'étude de Batbie, en troublant toutes les idées péniblement élucidées au cours des débats institués devant la Chambre, a compromis, dans une large mesure, le succès de la réforme législative opérée[2].

L'argumentation de la jurisprudence et de Batbie se ramène aux deux idées suivantes.

1° Dans le cas où l'un des locataires a prouvé que l'incendie n'a pas pu commencer chez lui, la preuve ainsi faite n'a pas pour conséquence d'établir que les autres locataires soient en faute, et il n'y a pas de raison, dès lors, pour que la part de responsabilité du locataire exonéré soit répartie par portions viriles entre les locataires restant tenus ; au contraire, quand la preuve est faite que l'incendie a commencé chez un des locataires, il est établi que ce locataire a commis une faute, et sa responsabilité, dès lors, doit être regardée comme illimitée[3]. Il faut faire à cela deux réponses. D'une part, la responsabilité des locataires restant tenus est ou bien contractuelle, ou bien délictuelle ; dans le premier cas, il n'existe aucune raison pour leur faire supporter la part de responsabilité du locataire exonéré, — dans le second cas, il n'existe aucune raison, puisqu'on les traite comme étant tenus en vertu d'un délit, pour faire intervenir, dans la détermination de la mesure de leur responsabilité, des considérations tirées de leur situation en qualité de contractants. D'autre part, un incident précis des travaux préparatoires démontre que l'idée de faire supporter la part de responsabilité du locataire exonéré par les autres locataires, dans la proportion

1. Voy. *suprà*, n° 554.
2. Voy. *Revue critique*, année 1884, p. 736 et suiv.
3. Batbie, *loc. cit.* p. 740 à 742. — Cpr. le rapport de M. le conseiller Delise, sous Cass. 5 avril 1887, D. P. 1887.I.329 et suiv., spécialement p. 330, col. 2.

de la valeur locative des locaux occupés par eux, a été expressément écartée par le législateur; cette idée avait été consacrée dans le projet voté par la Chambre des députés, puis le rapporteur de la loi au Sénat n'eut pas de peine à en faire apparaître l'incohérence et obtint qu'elle fût écartée, enfin le rapporteur à la Chambre, tout en formulant le regret que l'idée eût été écartée par le Sénat, conseilla lui-même à la Chambre de ne pas la relever afin de ne pas risquer ainsi de compromettre le vote de la loi [1].

2° La loi de 1883 n'a modifié que le premier alinéa de l'article 1734, laissant intacts les deux alinéas suivants ; dès lors, ces deux alinéas subsistent tels quels et doivent être interprétés conformément aux principes anciens. Il faut répondre que le législateur n'a pas pu avoir la volonté de maintenir dans une loi les conséquences d'un principe que cette loi a précisément eu pour objet de faire disparaître. Si ce principe, désormais éliminé, a malheureusement fait sa rentrée sous le patronage d'un des auteurs de la loi, cette méprise évidente de l'interprète redevenu simple particulier ne saurait prévaloir contre les déclarations officielles du rapporteur au Sénat. L'idée de la responsabilité contractuelle domine toute la matière et doit être admise avec toutes ses conséquences.

560. La troisième question à examiner doit être résolue d'après les mêmes principes. Elle consiste à savoir comment la responsabilité des divers intéressés en présence s'établit et se mesure quand le bailleur de l'immeuble en occupe lui-même une partie.

Antérieurement à la loi de 1883, la jurisprudence décidait que le bailleur, occupant lui-même une partie de l'immeuble, ne pouvait pas se prévaloir des articles 1733 et 1734 à l'égard du locataire ou des locataires occupant les autres parties de cet immeuble, tant qu'il n'avait pas rapporté la preuve que le feu n'avait pas commencé chez lui [2] ; en effet, disait-on, la présomption de faute établie par les articles 1733 et 1734 doit être considérée comme pesant non seulement sur les loca-

1. Voy. *Journal officiel, Documents parlementaires de la Chambre*, novembre 1882, p. 2416, — *Débats parlementaires de la Chambre*, décembre 1882, p. 2230. — Cpr. Sauzet, *loc. cit.*, p. 16.

2. Voy. en ce sens Aubry et Rau, 4e édition, IV, § 367, p. 486 ; — Cass. 20 novembre 1855, D. P. 1855. I. 457, Sir. 1856. I. 103, — 15 mars 1876, D. P. 1876.I.22, — 29 juillet 1885, D. P. 1886.I.374. — Cpr. Guillouard, *Louage*, 3e édition, I, n° 272, p. 294 et 295.

taires, mais sur les habitants de la maison, et dès lors le bailleur, soumis à cette présomption au même titre que les locataires, ne peut agir contre eux qu'à la condition d'avoir commencé par prouver, en quelque sorte, son innocence. La jurisprudence ajoutait que le bailleur, même après avoir prouvé de la sorte son innocence personnelle, ne peut se prévaloir des articles 1733 et 1734, et de la présomption de faute établie par eux à la charge du locataire ou des locataires, qu'en ce qui concerne les parties de l'immeuble données à bail ; en ce qui concerne la partie occupée par le bailleur, les locataires ne sont pas présumés en faute et ne peuvent être tenus pour responsables que si le bailleur établit à leur charge l'existence d'une faute délictuelle, conformément à l'article 1382 [1].

Survient la loi de 1883. Les nouveaux textes ne prévoient pas l'hypothèse du bailleur occupant lui-même une partie de l'immeuble. Et la jurisprudence conclut de là que rien ne doit être modifié dans les règles admises à cet égard antérieurement à 1883 [2].

A l'encontre de cette jurisprudence, on a essayé d'invoquer un passage des travaux préparatoires, d'où il paraît résulter que le législateur n'a pas laissé l'hypothèse qui nous occupe en dehors de ses prévisions. L'intention du législateur aurait été d'assimiler la part d'immeuble occupée par le bailleur à une part occupée par un autre locataire ; de sorte que la situation du bailleur devrait être réglée conformément aux principes nouveaux qui régissent désormais la situation des locataires [3].

L'incident allégué ne semble pas avoir toute la netteté et, par conséquent, toute la valeur qu'on prétend lui attribuer. Mais il ne semble pas davantage qu'il soit besoin de faire appel aux travaux préparatoires pour établir que les solutions conservées par la jurisprudence, depuis 1883, sont inacceptables. Il suffit de se référer à l'idée fondamentale que nous avons énoncée [4], savoir que la loi de 1883 a définitivement

1. Grenoble 20 mai 1872, Sir. 1873.II.69, — Paris 2 décembre 1872, D. P. 1874.V.318. — Voy. Guillouard, *loc. cit.*, n° 272. — Cpr. *suprà*, p. 399, note 3.

2. La Cour de cassation ne paraît pas avoir été appelée encore à se prononcer. Les principaux arrêts de Cours d'appel sont les suivants : Toulouse 7 février 1888, Bordeaux 11 mai 1888, Poitiers 24 janvier 1889, Rennes 15 février 1889, D. P. 1890.II.97, — Besançon 6 avril 1898, D. P. 1898.II.316.

3. Voy. en ce sens Guillouard, *loc. cit.*, n° 272, p. 296 et 297.

4. *Suprà*, n°s 554 et 559.

éliminé des articles 1733 et 1734 toute trace de responsabilité délictuelle [1]. D'où il résulte que la jurisprudence commet un anachronisme en persistant à parler d'une présomption de faute, ce qui ne saurait s'entendre que d'une présomption de faute délictuelle.

Plaçons-nous en présence d'une hypothèse concrète, afin d'éviter toute équivoque. *Primus*, propriétaire d'un immeuble, occupe le rez-de-chaussée et donne à bail deux appartements, qui remplissent chacun l'un des deux étages de la maison. L'immeuble est détruit par un incendie.

Quels sont les droits de *Primus* ? Il est en face de deux locataires, dont chacun est responsable contractuellement des lieux qu'il a loués ; par le fait même du bail, *Secundus* et *Tertius* sont tenus de conserver et de rendre chacun la partie de l'immeuble qu'il a prise à bail. Le fait que *Primus* occupe une partie de l'immeuble ne peut rien changer à la situation. Qu'il agisse contre *Secundus*. Il le fera condamner, à moins que *Secundus* ne prouve que l'incendie constitue à son égard un cas fortuit ou de force majeure, et *Secundus* aura fait cette preuve s'il établit ou que l'incendie n'a pas pu commencer chez lui (article 1734 alinéa 3), ou qu'il a commencé soit chez *Primus*, soit chez *Tertius* (article 1734 alinéa 2). A défaut de cette preuve, *Secundus* est tenu proportionnellement à la valeur locative de la partie de l'immeuble qu'il occupe, et cette valeur ne saurait être ni augmentée ni diminuée par le fait que le bailleur occupe une partie de l'immeuble. Si *Secundus* parvient à s'exonérer, nous savons que les conséquences de son exonération sont supportées par *Primus*, sans que *Tertius* puisse en souffrir [2] ; et si *Tertius*, de son côté, trouve moyen de s'exonérer, le préjudice résultant de l'incendie sera supporté intégralement par *Primus*. Tout se règle comme si *Primus* n'occupait aucune partie de l'immeuble ; et il ne saurait en être autrement, puisqu'il ne peut plus être question, depuis 1883, ni de solidarité ni de présomption de faute [3].

Quant aux droits de *Secundus* et de *Tertius* à l'égard de

1. Voy. sur cette idée générale Sauzet, *op. laud.*, spécialement dans les dernières pages.
2. *Suprà*, nos 558 et 559.
3. Voy. en ce sens la note de Labbé dans Sir. 1885.I.7, — Guillouard, *loc. cit.*, n° 273, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e édition, I, n° 995.

Primus, ils doivent être déterminés par application exclusive des règles de la responsabilité délictuelle. Raisonnons en envisageant *Secundus*. Il peut s'exonérer vis-à-vis de *Primus* en prouvant que le feu a commencé chez celui-ci ; mais cette preuve, qui suffit pour exonérer *Secundus*, ne suffit pas pour constituer *Primus* débiteur d'une indemnité au profit de *Secundus* ; en effet, le feu peut avoir commencé chez *Primus* sans que ce soit par la faute de *Primus*, et la responsabilité de celui-ci n'est engagée que tout autant qu'il y a faute de sa part. Tant que la preuve d'une faute n'est pas faite à la charge de *Primus*, celui-ci n'est tenu d'aucune réparation ; la preuve est-elle faite, il est tenu de réparer tout le préjudice résultant de sa faute, conformément au droit commun de l'article 1382 [1].

Ajoutons une dernière observation. Il peut arriver qu'une partie de l'immeuble soit non pas occupée par le propriétaire, mais provisoirement dépourvue de locataire ; le rez-de-chaussée de la maison est vacant, et le propriétaire détient les clefs pour le faire visiter, mais sans l'habiter. Dans ce cas, la situation du propriétaire, au point de vue des articles 1733 et 1734, est exactement la même que s'il habitait l'immeuble, car ce n'est pas le fait de l'occupation par le propriétaire qui importe, mais le fait qu'une partie de l'immeuble n'est pas louée ; dans les deux cas, le propriétaire représente, pour ainsi dire, la partie non louée de l'immeuble, et la responsabilité des locataires du premier étage et du second se mesure sans aucun égard à la partie non louée [2].

Répétons une dernière fois [3] que tout se règle et doit être réglé par application pure et simple des principes qui régissent la responsabilité contractuelle.

561. Nous en aurons fini avec la matière de la responsabilité au cas d'incendie quand nous aurons présenté trois observations.

Première observation.

La loi de 1883, étant donné le principe posé par l'article 2 du Code civil, ne saurait avoir aucun effet rétroactif. Pour les

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 816.
2. Voy. sur cette question Planiol, 4e édition, II, n° 1725 ; — Cass. 20 octobre 1885, D. P. 1886.I.374, — Orléans 10 mai 1890, D. P. 1891.II.230.
3. *Suprà*, p. 403, note 4, — p. 404, note 1.

baux antérieurs à la promulgation de la loi, la responsabilité en cas d'incendie des lieux loués reste régie par les dispositions des anciens articles 1733 et 1734 [1]. Sans doute c'est une remarque dont l'intérêt pratique finira par disparaître ; mais il y aurait erreur à croire qu'elle ait déjà perdu, en fait, toute importance appréciable.

Deuxième observation.

La responsabilité du locataire au cas d'incendie étant désormais, depuis 1883, une responsabilité contractuelle, rien ne fait obstacle à ce que le bail exonère le locataire de tout ou partie de cette responsabilité, car la loi ne la met à sa charge que par interprétation de la volonté probable des intéressés. Il est de principe que les clauses d'exonération, si elles sont illicites en ce qui concerne la responsabilité délictuelle, sont au contraire licites, du moins sous réserve de certaines distinctions, en ce qui concerne la responsabilité contractuelle [2].

Troisième observation.

La responsabilité au cas d'incendie, telle qu'elle est établie par les articles 1733 et 1734, constitue pour le locataire un risque très lourd, qu'on appelle communément risque locatif. Dans l'usage, un grand nombre de locataires, en même temps qu'ils assurent leur mobilier contre l'incendie, s'assurent contre le risque locatif.

Pendant longtemps, la pratique de ces assurances a donné naissance à de nombreuses difficultés. La jurisprudence considérait que le locataire assuré ne pouvait pas agir contre l'assureur tant qu'il n'avait pas été actionné en responsabilité par le propriétaire ; elle décidait que la somme payée par l'assureur tombait dans le patrimoine de l'assuré pour devenir le gage commun de tous ses créanciers, sans aucun droit de préférence au profit du bailleur, qui devait subir le concours des autres créanciers de son locataire et ne venait avec eux qu'au marc le franc [3]. Cette jurisprudence, inattaquable

1. Nîmes 14 mars 1884, D. P. 1884.II.97, — Lyon 5 mars 1887, D. P. 1888.II. 91, — Cass. 26 avril 1892, D. P. 1892.I.548.

2. Voy. sur ces divers points *Les contrats et les obligations*, p. 823 et suiv.

3. Voy. Cass. 31 décembre 1862, D. P. 1863.I.423, Sir. 1863.I.531, — Paris 21 août 1868, D. P. 1868.II.236, Sir. 1869.II.110. — Cpr. Planiol, *Traité élémentaire*, 4e édition, II, p. 560 et 561.

et bien établie, était extrêmement choquante au point de vue pratique ; au cas de responsabilité encourue par un locataire assuré contre le risque locatif et insolvable, l'indemnité payée par l'assureur profitait aux créanciers de l'assuré autres que le bailleur, lesquels se trouvaient enrichis du fait de l'incendie sans que le bailleur fût désintéressé[1].

L'anomalie était véritablement criante. Aussi le législateur a-t-il cru devoir intervenir pour y mettre un terme. La loi du 19 février 1889 contient un article 3 qui se rapporte à cet ordre d'idées.

Nous avons déjà rencontré cette loi sur notre route. Elle est intitulée : « Loi relative à la restriction du privilège du « bailleur d'un fonds rural et à l'attribution des indemnités « dues par suite d'assurances. » Pour faciliter les prêts à l'agriculture, l'article 1 de la loi restreint le privilège accordé au bailleur, dans les baux à ferme, par l'article 2102-1°[2]. Pour donner plus de stabilité et d'efficacité aux sûretés réelles, l'article 2 décide que les créanciers privilégiés et hypothécaires, dans le cas où la chose qui leur est affectée a été assurée et vient à périr, ont le droit de se faire attribuer par préférence, et suivant leur rang, le montant de l'indemnité payée par l'assureur ; et l'article 3 aliéna 1 complète ainsi la règle : « Il en est de même des indemnités dues en cas de « sinistre par le locataire ou par le voisin, par application des « articles 1733 et 1382 du Code civil », ce qui revient à dire que le créancier ayant privilège ou hypothèque sur un immeuble est colloqué, par préférence aux autres créanciers du propriétaire, sur l'indemnité payée à celui-ci en cas d'incendie de l'immeuble[3].

Dans un ordre d'idées voisin et cependant très différent, l'alinéa 2 de l'article 3 ajoute ce qui suit : « En cas d'assu- « rance du risque locatif ou du recours du voisin, l'assuré ou « ses ayants droit ne pourront toucher tout ou partie de l'in- « demnité sans que le propriétaire de l'objet loué, le voisin « ou le tiers subrogé à leurs droits aient été désintéressés « des conséquences du sinistre. »

Laissons de côté pour un moment le recours du voisin et ne nous occupons que du risque locatif.

1. Voy. Planiol, *loc. cit.*
2. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 372 et suiv.
3. *Ibid.*, p. 281 et suiv.

L'indemnité due par l'assureur du risque au locataire ne peut être touchée par lui, dit le texte, tant que le propriétaire ou le tiers subrogé à ses droits n'a pas été désintéressé par le locataire des conséquences du sinistre. Cela ne veut pas dire que le propriétaire ait un véritable privilège sur le montant de l'indemnité, ni même qu'il soit investi du droit d'agir directement contre l'assureur [1]. La loi se contente de subordonner la faculté pour l'assuré de recevoir le paiement de l'indemnité d'assurance à la condition que le propriétaire ait été complètement désintéressé des conséquences du sinistre ; et si ce n'est pas un privilège proprement dit, on est bien obligé de reconnaître que l'effet produit est identique à celui qui résulterait de la collation d'un privilège. La situation du propriétaire, dans l'hypothèse qui nous occupe, doit être jointe à la liste des situations diverses dans lesquelles une personne a la faveur d'échapper à la loi du concours, consacrée par l'article 2093 [2].

L'ordre d'idées dans lequel intervient l'alinéa 2 de l'article 3 est voisin, avons-nous dit, de l'ordre d'idées visé soit par l'article 2, soit par l'alinéa 1 de l'article 3 ; en effet, il s'agit dans tous les cas de l'hypothèse d'un incendie. Mais nous avons ajouté qu'il existe une différence profonde entre les deux ordres d'idées. En effet, l'article 2 et l'alinéa 1 de l'article 3 visent l'hypothèse d'un créancier ayant privilège ou hypothèque sur une chose, et se bornent à décider que le droit du créancier s'exerce non seulement sur le prix de la chose affectée, mais encore sur l'indemnité d'assurance ; au contraire, dans l'hypothèse visée par l'alinéa 2 de l'article 3, il s'agit d'un créancier acquérant une sorte de droit de préférence sur une somme d'argent qui n'est en aucune manière représentative d'une chose préalablement affectée à ce créancier soit par privilège, soit par hypothèque.

Ajoutons enfin, pour donner du texte une analyse complète, qu'il ne prévoit pas seulement l'hypothèse d'un locataire actionné en responsabilité par son propriétaire au cas

1. Sur le droit d'action directe considéré comme constituant une cause de préférence voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 198 et suiv.

2. Sur la loi du concours, voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 28 et suiv. — Sur les causes indirectes de préférence, voy. *ibid.*, p. 196 et suiv. — On peut presque aller jusqu'à dire que la loi de 1889 accorde au bailleur un privilège mobilier.

d'incendie et assuré contre le risque locatif. Il prévoit, en outre, l'hypothèse de ce qu'on appelle le recours du voisin. Le propriétaire d'un immeuble, s'il communique le feu à un immeuble voisin du sien, est exposé à se voir actionné en dommages-intérêts par le propriétaire de l'immeuble auquel le feu a été communiqué. Ce recours est ordinairement appelé, dans la pratique, recours du voisin ; et les propriétaires d'immeubles, qui y sont exposés, peuvent contracter une assurance contre ce risque. Si *Primus*, assuré contre le recours du voisin, est l'objet d'un pareil recours de la part de *Secundus*, l'indemnité due à *Primus* par l'assureur ne pourra lui être payée qu'autant que *Secundus* aura été entièrement désintéressé des conséquences du sinistre. La responsabilité de *Primus* est ici non pas contractuelle, mais délictuelle, puisque *Primus* et *Secundus* ne sont engagés dans les liens d'aucun contrat ; *Secundus* acquiert une sorte de droit de préférence sur une somme d'argent, l'indemnité d'assurance, qui n'est en aucune manière représentative d'une chose à lui préalablement affectée soit par privilège, soit par hypothèque.

IV. Le louage ne confère au preneur qu'un droit de créance contre le bailleur.

562. Il est à peine besoin de dire que cette proposition ne fait aucun doute et ne soulève aucune difficulté en ce qui concerne le louage d'ouvrage. Celui *qui conducit* n'acquiert certainement qu'un droit de créance.

Même en ce qui concerne le louage des choses ou bail, la proposition énoncée est encore admise sans conteste si le contrat a pour objet des choses mobilières, auquel cas il constitue soit un bail à loyer (article 1711 alinéa 2), soit un bail à cheptel (article 1711 alinéa 5)[1].

Au contraire, la proposition énoncée est discutée quand il s'agit d'un bail d'immeuble : bail à loyer ou à ferme. La question de la nature du droit du preneur d'immeuble est une question célèbre. La proposition énoncée signifie que même dans le cas d'un bail d'immeuble le louage confère au preneur un simple droit de créance contre le bailleur[2].

1. Voy. sur ces distinctions, *suprà*, p. 341 et suiv.
2. Nous ne parlons ici (cpr. *suprà*, nos 480 et 481, — p. 347, notes 1 et 2)

L'indemnité due par l'assureur du risque au locataire ne peut être touchée par lui, dit le texte, tant que le propriétaire ou le tiers subrogé à ses droits n'a pas été désintéressé par le locataire des conséquences du sinistre. Cela ne veut pas dire que le propriétaire ait un véritable privilège sur le montant de l'indemnité, ni même qu'il soit investi du droit d'agir directement contre l'assureur [1]. La loi se contente de subordonner la faculté pour l'assuré de recevoir le paiement de l'indemnité d'assurance à la condition que le propriétaire ait été complètement désintéressé des conséquences du sinistre ; et si ce n'est pas un privilège proprement dit, on est bien obligé de reconnaître que l'effet produit est identique à celui qui résulterait de la collation d'un privilège. La situation du propriétaire, dans l'hypothèse qui nous occupe, doit être jointe à la liste des situations diverses dans lesquelles une personne a la faveur d'échapper à la loi du concours, consacrée par l'article 2093 [2].

L'ordre d'idées dans lequel intervient l'alinéa 2 de l'article 3 est voisin, avons-nous dit, de l'ordre d'idées visé soit par l'article 2, soit par l'alinéa 1 de l'article 3 ; en effet, il s'agit dans tous les cas de l'hypothèse d'un incendie. Mais nous avons ajouté qu'il existe une différence profonde entre les deux ordres d'idées. En effet, l'article 2 et l'alinéa 1 de l'article 3 visent l'hypothèse d'un créancier ayant privilège ou hypothèque sur une chose, et se bornent à décider que le droit du créancier s'exerce non seulement sur le prix de la chose affectée, mais encore sur l'indemnité d'assurance ; au contraire, dans l'hypothèse visée par l'alinéa 2 de l'article 3, il s'agit d'un créancier acquérant une sorte de droit de préférence sur une somme d'argent qui n'est en aucune manière représentative d'une chose préalablement affectée à ce créancier soit par privilège, soit par hypothèque.

Ajoutons enfin, pour donner du texte une analyse complète, qu'il ne prévoit pas seulement l'hypothèse d'un locataire actionné en responsabilité par son propriétaire au cas

1. Sur le droit d'action directe considéré comme constituant une cause de préférence, voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 198 et suiv.

2. Sur la loi du concours, voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 28 et suiv. — Sur les causes indirectes de préférence, voy. *ibid.*, p. 196 et suiv.— On peut presque aller jusqu'à dire que la loi de 1889 accorde au bailleur un privilège mobilier.

d'incendie et assuré contre le risque locatif. Il prévoit, en outre, l'hypothèse de ce qu'on appelle le recours du voisin. Le propriétaire d'un immeuble, s'il communique le feu à un immeuble voisin du sien, est exposé à se voir actionné en dommages-intérêts par le propriétaire de l'immeuble auquel le feu a été communiqué. Ce recours est ordinairement appelé, dans la pratique, recours du voisin ; et les propriétaires d'immeubles, qui y sont exposés, peuvent contracter une assurance contre ce risque. Si *Primus*, assuré contre le recours du voisin, est l'objet d'un pareil recours de la part de *Secundus*, l'indemnité due à *Primus* par l'assureur ne pourra lui être payée qu'autant que *Secundus* aura été entièrement désintéressé des conséquences du sinistre. La responsabilité de *Primus* est ici non pas contractuelle, mais délictuelle, puisque *Primus* et *Secundus* ne sont engagés dans les liens d'aucun contrat ; *Secundus* acquiert une sorte de droit de préférence sur une somme d'argent, l'indemnité d'assurance, qui n'est en aucune manière représentative d'une chose à lui préalablement affectée soit par privilège, soit par hypothèque.

IV. Le louage ne confère au preneur qu'un droit de créance contre le bailleur.

562. Il est à peine besoin de dire que cette proposition ne fait aucun doute et ne soulève aucune difficulté en ce qui concerne le louage d'ouvrage. Celui *qui conducit* n'acquiert certainement qu'un droit de créance.

Même en ce qui concerne le louage des choses ou bail, la proposition énoncée est encore admise sans conteste si le contrat a pour objet des choses mobilières, auquel cas il constitue soit un bail à loyer (article 1711 alinéa 2), soit un bail à cheptel (article 1711 alinéa 5)[1].

Au contraire, la proposition énoncée est discutée quand il s'agit d'un bail d'immeuble : bail à loyer ou à ferme. La question de la nature du droit du preneur d'immeuble est une question célèbre. La proposition énoncée signifie que même dans le cas d'un bail d'immeuble le louage confère au preneur un simple droit de créance contre le bailleur[2].

1. Voy. sur ces distinctions, *suprà*, p. 341 et suiv.
2. Nous ne parlons ici (cpr. *suprà*, nos 480 et 481, — p. 347, notes 1 et 2)

563. La règle étant telle, la position du preneur dans le contrat de louage est profondément différente de la position de l'usufruitier, quoique l'un et l'autre aient la jouissance d'une chose appartenant à autrui. Aussi les textes s'expriment-ils dans des termes différents quand ils définissent les deux droits.

S'agit-il de l'usufruit, l'article 578 présente le droit de l'usufruitier comme un droit individuel, consistant dans un rapport direct du titulaire avec la chose ; l'usufruit n'implique aucun rapport de personnes, d'où il suit que le nu-propriétaire n'est tenu d'aucune obligation envers l'usufruitier [1]. Il n'y a point à distinguer à cet égard suivant que l'usufruit porte sur un meuble ou sur un immeuble ; que le droit soit mobilier ou immobilier, le caractère de ce droit reste le même au point de vue qui nous occupe.

S'agit-il du louage, l'article 1709 impose au bailleur l'obligation de faire jouir le preneur ; et tous les articles du titre sont rédigés dans le même esprit, notamment l'article 1719-3°. Le preneur n'a pas seulement un droit de jouissance, droit individuel ; il a le droit d'exiger qu'on le fasse jouir, en d'autres termes il a une créance de jouissance [2].

L'usufruitier a un droit *adversus omnes*, indépendamment de tout rapport de personnes ; le preneur a un droit de relation, *adversus certam personam*. L'un a un droit réel, l'autre un droit de créance. C'est ce qu'admettait déjà le droit romain [3], et ce qui a été constamment reconnu dans l'ancien droit français [4].

564. D'ou vient cette manière de concevoir les choses ? Pourquoi le droit de jouissance se manifeste-t-il ainsi sous deux aspects, avec deux caractères différents, suivant qu'il a sa source dans un usufruit ou dans un bail ?

Il n'existe de cette distinction aucune raison tirée de la nature des deux droits. C'est une tradition séculaire, dont l'origine s'explique historiquement, mais qui ne repose sur

que du louage des choses tel qu'il a été prévu et réglementé par le législateur de 1804. Nous verrons plus tard (*infrà*, n° 641) que le bail emphytéotique donne naissance à un droit réel au profit du colon.

1. Cpr. *suprà*, n° 517.
2. Voy. *ibid.*, p. 367 et 369.
3. Voy. G. May, *Eléments de droit romain*, 1re édition, I, p. 345, — II. p. 142, — et Girard, *Manuel élémentaire*, 1re édition, p. 355.
4. Voy. Pothier, *Louage*, nos 277, 285 et 288.

aucun motif nécessaire au point de vue théorique. Si la législation était à faire, il conviendrait peut-être de rompre avec la tradition et de reconnaître au preneur d'immeuble un droit réel ; il y aurait à cela certains avantages, surtout dans le bail à ferme, et nous verrons plus tard sous quels rapports. Mais tel n'est pas le point de vue traditionnel.

Si on cherche l'explication de ce point de vue traditionnel, on la trouve dans ce fait qu'à Rome le louage résultait de la convention, tandis que l'usufruit s'établissait par testament. Or, d'après la doctrine romaine, les contrats ne donnaient jamais naissance qu'à des rapports d'obligation, à des droits de créance [1] ; dès lors, le louage ne donnait au preneur qu'un droit de créance, sanctionné par une action personnelle, l'*actio conducti* [2]. Au contraire, le legs pouvait transférer des *jura in re*, au moins quand il était fait *per vindicationem* [3] ; l'usufruit était un *jus in re*, l'action donnée à l'usufruitier était une action réelle, l'action confessoire [4]. Cette distinction s'établit dès le début, comme conséquence du mode habituel de constitution des deux droits ; elle a pris place dans la tradition juridique et s'est ainsi perpétuée.

De là les deux définitions données par les articles 578 et 1709. D'un côté, le preneur n'a pas, comme l'usufruitier, le droit individuel de jouir de la chose louée ; il a une créance de jouissance, le droit d'exiger que le bailleur lui procure une jouissance effective du commencement à la fin du bail. D'un autre côté, le bailleur n'est pas seulement tenu, comme le nu propriétaire, de tolérer la jouissance d'un tiers ; il doit procurer une jouissance effective et paisible.

565. Cette proposition, jadis incontestée, n'est pas admise actuellement par tout le monde. Des doutes ont été émis, malgré la tradition séculaire, sur la nature du droit du preneur d'immeuble. Et ces doutes tiennent à deux causes : 1° à une raison de droit, ou plutôt de texte, — 2° à une raison économique.

Examinons séparément ces deux aspects de la question.

1. Voy. Girard, *Manuel élémentaire*, 1re édition, p. 285 et 527.— Cpr. *suprà*, nos 19 et suiv., 159 et suiv., — *Les contrats et les obligations*, p. 187 et suiv.
2. Girard, *loc. cit.*, p. 554.
3. Voy. *ibid.*, p. 886.
4. *Ibid.*, p. 350 et suiv.

I. *Point de vue juridique.*

566. La raison de droit, ou de texte, qui permet de douter que le droit du locataire d'immeuble soit un simple droit personnel, est la suivante.

Les deux attributs caractéristiques du droit réel sont le droit de suite et le droit de préférence [1]. Or deux articles, l'un du Code civil, l'autre du Code de procédure, reconnaissent au preneur le premier le droit de suite, le second le droit de préférence. Dès lors, si le droit du preneur participe ainsi, à deux points de vue, des caractères du droit réel, n'est-on pas autorisé à conclure que ce droit est réel ?

Reprenons les deux textes auxquels nous venons de faire allusion.

PREMIER TEXTE

567. L'article 1743 reconnaît au preneur le droit de suite : « Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut ex-« pulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique « ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé « ce droit par le contrat de bail. »

Le texte dit : « Si le bailleur vend la chose louée... » De sorte que ce texte, pris à la lettre, paraît ne s'appliquer que dans l'hypothèse où l'acquéreur de l'immeuble loué l'a acquis par l'effet d'une vente ; il serait inapplicable dans l'hypothèse d'une acquisition par échange, donation, legs, cession en paiement, etc.

Mais il faut généraliser l'article 1743 et l'appliquer dans tous les cas où l'immeuble loué a été aliéné, sans distinguer entre les diverses sortes d'aliénations. Si les rédacteurs du texte ont visé spécialement la vente, c'est par suite de la propension qui porte toujours, quand on parle d'aliénation, à prendre l'exemple de la vente. Le texte doit être entendu comme s'il était ainsi conçu : « Si le bailleur aliène la chose « louée... »

Or cette disposition de l'article 1743 est remarquable [2]. Le preneur a un droit opposable non seulement au bailleur ou à ses successeurs (article 1122) [3], mais encore à l'acquéreur avec lequel il n'a pas contracté.

1. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 17 et 18.
2. Nous y avons déjà fait allusion, *suprà*, p. 141.
3. *Les contrats et les obligations*, p. 569.

568. Quand est-ce qu'il en est ainsi ? Et comment s'explique cette règle ?

Trois hypothèses doivent être distinguées.

Première hypothèse.

569. Le bail, lors de l'aliénation, n'a pas date certaine Dans ce cas, il n'est pas opposable à l'acquéreur. Celui-ci peut donc empêcher l'exécution du bail, et expulser le preneur si celui-ci est en jouissance. L'article 1743 ne fait qu'appliquer, à cet égard, le principe posé par l'article 1328 [1]. Vainement objecterait-on que l'acquéreur avait, en fait, connaissance du bail ; cette circonstance doit être considérée comme sans importance [2].

L'acquéreur qui expulse le preneur dont le bail ne lui est pas opposable n'est pas passible de dommages-intérêts (article 1750). Mais le preneur peut agir contre le bailleur ; car le bailleur est tenu de procurer au preneur une jouissance effective [3]: obligation de faire, dont l'inexécution donne ouverture à une action en dommages-intérêts [4].

Toutefois, si le preneur est en jouissance, l'acquéreur ne peut l'expulser qu'à la condition d'observer les délais d'usage en matière de congé [5]. En d'autres termes, il faut appliquer l'article 1748, et, s'il s'agit de biens ruraux, avertir le fermier au moins un an d'avance [6].

Deuxième hypothèse.

570. Le bail a acquis date certaine lors de l'aliénation ; mais une clause de ce bail porte qu'en cas d'aliénation l'acquéreur pourra rompre le contrat. Le preneur doit alors subir les conséquences de la convention (article 1743 *in fine*). L'acquéreur prend la situation faite par le bail ; il peut invoquer les droits réservés par le bailleur.

1. *Les contrats et les obligations*, p. 616 et suiv.
2. *Sic* : Guillouard, *Louage*, 3e édition, I, n° 363, — Laurent, XXV, n° 390 ; — Douai 11 août 1837, Sir. 1838.II.106. — *Secus* : Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 502.
3. *Suprà*, p. 369.
4. *Les contrats et les obligations*, p. 260.
5. *Sic* : Guillouard, I, nos 364 et 365 : — Douai 11 août 1837, Sir. 1838.II.106. — *Contrà* : Laurent, XXV, n° 389 ; — Riom 5 juillet 1858, D. P. 1858.II.219, — Douai 15 février 1865, Sir. 1865.II.293, — Montpellier 4 mars 1867, D. P. 1867. V.263, Sir. 1867.II.130.
6. Aubry et Rau soutiennent que le locataire a droit, dans ce cas, aux délais de l'article 1774 (4e édition, IV, p. 502 et 503). Mais alors, autant vaut reconnaitre que le bail est opposable par le locataire à l'acquéreur.

D'où cette conséquence que le bail devient un bail sans durée déterminée par rapport à l'acquéreur, quelque durée qui lui ait été primitivement assignée par le contrat conclu entre le bailleur et le preneur. Dès lors, l'acquéreur le fera cesser au moyen d'un congé (article 1748).

Le preneur ne peut même être expulsé qu'après avoir reçu les dommages-intérêts qui lui sont dus (article 1749), et dont la quotité est réglée, à défaut de convention, conformément aux articles 1744 à 1748. Il a un droit de rétention [1] sur la chose louée jusqu'au paiement des dommages-intérêts [2].

Troisième hypothèse.

571. Le bail a acquis date certaine lors de l'aliénation, et il ne contient aucune clause réservant à l'acquéreur le droit de rompre le contrat en cas d'aliénation. Le bail est alors opposable à l'acquéreur, qui doit en subir toutes les conséquences, toute la durée.

A la vérité, ce ne sont pas les termes de l'article 1743. Le texte dit : « L'acquéreur ne peut expulser le fermier. »

On a parfois essayé, en s'appuyant sur cette formule, de restreindre l'application de l'article au cas où le preneur est entré en possession au moment de l'aliénation. Car c'est seulement dans ce cas, a-t-on dit, qu'il peut être question d'expulser le preneur [3].

Mais cette opinion est inadmissible [4]. Rien n'autorise à prendre ainsi le texte de l'article 1743 au pied de la lettre.

1. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 209, — Guillouard, *Louage*. 3e édition, I, n° 377. — Cpr. *Pandectes françaises alphabétiques*, v° *Bail en général*, n°s 2119 et suiv.

2. Il existe une double différence entre le cas où le preneur est expulsé en vertu d'une clause du bail et le cas où il est expulsé parce que son contrat n'a pas date certaine. 1° Dans la première hypothèse il a le droit de rétention jusqu'à ce qu'il ait été payé des dommages-intérêts auxquels il peut prétendre : dans la seconde, il n'a qu'une action personnelle en indemnité contre le bailleur. — 2° Dans la première hypothèse, les dommages-intérêts qui sont alloués au preneur se déterminent, à défaut de convention, d'après les règles tracées par les articles 1744 et suivants ; dans la seconde, le montant de l'indemnité est fixé souverainement par les tribunaux, qui ne sont point tenus de se conformer aux principes édictés par ces articles. Voy. Guillouard, I, n°s 373 et suivants, — Laurent, XXV, n° 399.

3. *Sic* : Duvergier, I, n°s 281 et 541, — Duranton, XVII, n° 139, — Proudhon. *Usufruit*, I, n° 102.

4. En ce sens : Aubry et Rau, IV, p. 501, texte et note 33, — Guillouard, I, n° 367, — Laurent, XXV, n° 393 ; — Chambéry 28 novembre 1862. Sir. 1863. II. 87, — Rouen 15 mars 1869, D.P. 1871.II.78, Sir. 1870.II 216.

Au contraire, les travaux préparatoires prouvent que la locution « expulser le fermier » a été prise comme synonyme de « rompre le bail » ; expulser le preneur, c'est lui reprendre son droit, l'expulser de son droit. Les rédacteurs du Code ont regardé l'article 1743 comme une application de la maxime *Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet* [1]. Je vends un immeuble loué ; l'acquéreur le prend avec cette qualité, et doit respecter, exécuter le bail.

572. Mais il faut ajouter deux observations.

a) L'article 1743 signifie que le bail ayant acquis date certaine au moment de l'aliénation du fonds donné à bail est opposable à l'acquéreur. Cela ne veut pas dire que l'acquéreur succède à toutes les obligations du bailleur. Il n'est pas substitué au bailleur dans le contrat, à moins que le bailleur ne lui ait consenti une véritable subrogation [2] ; seulement il n'a pas le droit de faire cesser le bail ;en d'autres termes, le bail, qui continue d'ailleurs de lier le bailleur et le preneur [3], est opposable à l'acquéreur [4]. Si l'acquéreur avait été subrogé au bailleur, si ce dernier lui avait transmis, avec l'immeuble, toutes les obligations dont il est tenu comme bailleur à propos de cet immeuble, le preneur, qui conserve ses droits contre le bailleur, pourrait les exercer contre l'acquéreur.

b) A un point de vue, l'article 1743 a été modifié par la loi du 23 mars 1855. Les baux d'une durée supérieure à dix-huit ans ne sont opposables aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble, spécialement aux acquéreurs, qu'à la condition d'avoir été transcrits (article 2-4° et 5°) [5]. Si donc le bail n'est invoqué que pour dix-huit ans ou moins de dix-huit ans, le bail est opposable à l'acquéreur dès et par cela seul qu'il a date certaine, conformément à l'article 1743 ; s'il est invoqué

1. Voy. le rapport de Mouricault au Tribunat, dans Fenet, XIV, p. 330, — et le discours de Jaubert, *ibid.*, p. 352.

2. La thèse d'après laquelle l'acquéreur est subrogé aux droits et obligations du bailleur a été soutenue par Jules Ferry, dans un article de la *Revue étrangère et française*, 1841, p. 609 et 849. — Cpr. Mourlon, *Revue pratique*, 1870, p. 193 et 385, — Guillouard, *Louage*, 3e édition, I, n° 369.

3. Voy. une application de cette idée dans un arrêt de la Cour de Grenoble du 23 juin 1891, D. P. 1892.II.309.

4. *Sic* : Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 501, note 32,

5. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 214.

pour plus de dix-huit ans, il faut, en outre, qu'il ait été transcrit avant la transcription de l'acte d'acquisition.

573. Telle est l'économie de l'article 1743.

De cet article on a cru pouvoir conclure que le preneur a un droit réel. En effet, dit-on, si le preneur n'avait qu'un droit de créance, à quel titre opposerait-il ce droit à l'acquéreur? L'acquéreur est un ayant-cause à titre particulier, qui, comme tel, ne succède pas aux obligations de son auteur; si donc il doit respecter le bail, c'est que le bail confère au preneur un droit indépendant de tout rapport de personnes et valant *erga omnes*, autrement dit un *jus in re*.

Dans cette interprétation, l'article 1743 ne serait que l'application des principes généraux. Il formulerait, en ce qui concerne le louage, une règle identique à celle que l'article 621 édicte pour l'usufruit; il ne ferait que consacrer l'existence du droit de suite inhérent aux droits réels.

Cette manière d'expliquer l'article 1743 semble d'autant plus exacte que le droit romain, qui ne reconnaissait pas au preneur d'immeuble un droit réel, accordait toujours à l'acquéreur le droit d'expulser le preneur, sauf recours en dommages-intérêts du preneur contre le bailleur, solution logique et conforme aux principes [1]. Il en est autrement de nos jours; or la règle ancienne concordait avec la notion du droit de créance; donc cette notion a été écartée, et le droit du preneur, de personnel qu'il était, est devenu réel.

574. Voilà le premier texte qui fait participer le droit du preneur des caractères du droit réel, le premier texte dont se prévalent ceux qui soutiennent que le preneur d'immeuble a un droit réel.

SECOND TEXTE

575. Le preneur n'a pas seulement le droit de suite, en vertu de l'article 1743, c'est-à-dire le droit de conserver l'immeuble loué malgré l'aliénation qui en est faite par le bailleur et d'exercer son droit contre l'acquéreur. Il a la seconde prérogative inhérente au droit réel: le droit de préférence. L'article 684 du Code de procédure le lui accorde.

Ce texte règle les rapports du preneur avec les créanciers

1. Fragm. 9, Dig., *Locati conducti*, IV, 65. — Cpr. Girard, *Manuel élémentaire*, 1re édition, p. 556.

du bailleur en cas de saisie. Au regard de l'adjudicataire sur saisie, l'article 1743 suffit; dans le cas de saisie comme dans tout autre cas d'aliénation [1], « l'acquéreur ne peut expulser le « fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la « date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit « par le contrat de bail ». Au regard des créanciers, l'article 684 du Code de procédure dispose : « Les baux qui n'au« ront pas acquis date certaine avant le commandement « pourront être annulés si les créanciers ou l'adjudicataire le « demandent [2]. » *A contrario*, les baux qui auront acquis date certaine ne pourront pas être annulés. Par conséquent, le preneur, locataire ou fermier, n'a rien à démêler avec les créanciers du saisi; il fait valoir son droit à l'encontre des saisissants, et peut, comme quiconque a un droit réel sur la chose saisie, agir par voie de distraction afin de faire respecter son droit [3].

Ici encore [4], il faut signaler une modification introduite par la loi de 1855. En ce qui concerne les baux de dix-huit ans et au-dessous, l'article 684 suffit; au delà de cette limite, les baux immobiliers, même quand ils ont date certaine, ne sont opposables aux créanciers qu'à la condition d'avoir été transcrits.

576. En résumé, le preneur jouit du droit de suite vis-à-vis des acquéreurs de l'immeuble, et du droit de préférence à l'encontre des créanciers du bailleur. Droit de suite et droit de préférence sont les deux attributs des droits réels. Ne faut-il pas conclure que le preneur a un droit réel ? Le droit moderne n'a-t-il pas, à cet égard, modifié la règle traditionnelle ?

Voilà le côté juridique de la question.

II. *Point de vue économique.*

577. Indépendamment de l'argument juridique tiré des articles 1743 du Code civil et 684 du Code de procédure, la doctrine d'après laquelle le droit du preneur d'immeuble est un droit réel se réclame d'une considération d'ordre économique.

1. Voy. *suprà*, n° 567.
2. Cpr. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 27.
3. Voy. Garsonnet, *Traité de procédure*, 1re édition, IV, p. 61.
4. Cpr. *suprà*, n° 572.

Voici quelle elle est. Regarder le droit du preneur comme un droit réel, ce serait assurer à ce droit une indépendance, une stabilité et un crédit qui lui font défaut dans la doctrine du droit de créance, et qui présenteraient une grande utilité pour le preneur. Un simple droit de créance n'est-il pas, en effet, singulièrement fragile ?

Il est vrai que l'article 1743, pour remédier à cet inconvénient, rend le droit du preneur opposable aux acquéreurs, et que l'article 684 du Code de procédure le rend opposable aux créanciers saisissants, au moins si le bail a date certaine. Mais ce ne sont pas là toutes les prérogatives du droit réel. Aucun texte ne rend le droit du preneur susceptible d'hypothèque, comme moyen de crédit [1].

Les partisans de la thèse du droit réel n'ont jamais osé aller jusqu'à soutenir que le droit du preneur fût susceptible d'hypothèque. En effet, cette prétention serait en opposition manifeste avec l'article 2118 ; tous les droits réels ne sont pas susceptibles d'hypothèque, mais ceux-là seuls que l'article 2118 déclare tels [2].

1. Cet intérêt de la question n'avait pas une grande importance en droit romain et dans l'ancienne France. En effet, à côté du louage, envisagé comme mode d'exploitation du sol, existait l'emphytéose, à laquelle on avait recours pour les terres incultes, lorsque la mise en culture exigeait des capitaux ; or le bail emphytéotique conférait à l'emphytéote un droit réel opposable à tous et susceptible d'hypothèque, de sorte que l'emphytéote pouvait emprunter sur hypothèque et se procurer ainsi les fonds nécessaires à son exploitation. Voy. sur l'emphytéose romaine, Girard, *Manuel élémentaire*, 1re édition, p. 373, — Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles*, p. 151 et suiv. ; — sur l'emphytéose dans l'ancien droit français, voy. Garsonnet, *loc. cit.*, p. 413 et suiv., — Chénon, *Les démembrements de la propriété foncière avant et après la Révolution*, p. 49 et suiv., — et Viollet, *Histoire du droit civil français*, 3e édition, nos 660 à 664, p. 707 et suiv.

L'emphytéose cesse d'être en usage à partir de l'époque révolutionnaire ; et, dans la mesure où elle est encore usitée, la question est incertaine de savoir si le bail emphytéotique confère un droit réel à l'emphytéote. Voy. Aubry et Rau, 4e édition, II, p. 452 et suiv., – Chénon, *loc. cit.*, p. 163. Dès lors, la question prend toute son importance de savoir si le preneur ordinaire d'immeuble est réduit à un simple droit de créance ou possède un droit réel.

Finalement, la loi du 25 juin 1902 (voy. *infrà*, n° 641) a en quelque sorte ressuscité l'emphytéose. L'article 1 de cette loi dit expressément que l'emphytéote a sur l'immeuble un droit réel immobilier susceptible d'hypothèque. La question de savoir si le preneur ordinaire d'immeuble a un droit reel devient, par là même, moins intéressante. Mais ce n'est pas à dire qu'elle ait perdu tout intérêt, car le nombre des baux ordinaires d'immeubles dépasse et dépassera toujours de beaucoup celui des baux emphytéotiques ; or l'indépendance, la stabilité, le crédit ne sont pas moins indispensables aux locataires ordinaires qu'aux emphytéotes.

2. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 271 et suiv.

Seulement la thèse du droit réel est une pierre d'attente ; ceux qui la soutiennent subissent, consciemment ou à leur insu, l'influence des préoccupations économiques. Déclarer que le droit du preneur d'immeuble constitue un droit réel est une première étape ; la seconde consistera à faire de ce droit non seulement un droit réel, mais un droit réel immobilier, susceptible d'hypothèque comme le droit de l'usufruitier.

Tout le monde se plaint que le crédit manque à l'industrie agricole [1]. Pourquoi ne ferait-on pas pour cette industrie ce que les lois du 10 décembre 1874 et du 10 juillet 1885 ont fait pour la marine marchande [2] en rendant les navires susceptibles d'hypothèque conventionnelle ?

Telle est la préoccupation dernière des interprètes. Voilà comment ils ont été conduits, utilisant les arguments que fournissent les articles 1743 du Code civil et 684 du Code de procédure, à soutenir que le droit du preneur est un droit réel. Il y a là une évolution de doctrine qui se poursuit et qui pourrait bien achever de s'accomplir.

578. Dans l'état actuel du droit, quels sont les intérêts pratiques de la question ? Nous ne parlons pas des conséquences ultérieures que la thèse du droit réel contient en germe en ce qui touche l'hypothèque. Nous recherchons quels sont les intérêts pratiques que la question présente actuellement.

Que le droit du preneur participe des caractères du droit réel sous les deux rapports prévus aux articles 1743 du Code civil et 684 du Code de procédure, cela est certain. Mais quelle conclusion faut-il en tirer ? Ces textes doivent-ils être considérés comme des exceptions aux principes, de sorte qu'il faille ne les appliquer que dans les cas pour lesquels ils ont été écrits ? Sont-ils, au contraire, des applications d'un principe nouveau, dont toutes les autres conséquences doivent être acceptées ?

C'est ainsi que la question se pose.

La jurisprudence ne l'a jamais résolue en principe. Elle

1. Un progrès sensible a été réalisé, à ce point de vue, par les trois lois du 5 novembre 1894, sur le crédit agricole,— des 18 juillet 1898 et 30 avril 1906, sur les warrants agricoles. Voy. *suprà*, p. 272.

2. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 266 et 267.

n'a eu à s'en occuper qu'à propos de certaines applications de la controverse à des hypothèses spéciales. Or, sous ce rapport, elle offre la plus grande variété. Plusieurs Cours d'appel ont adopté la doctrine d'après laquelle le droit du preneur d'immeuble est un droit réel [1]. La Cour de cassation s'est formellement refusée à entrer dans cette voie et continue à consacrer la thèse de la personnalité [2]. On ne peut nier toutefois que la doctrine du droit réel ne gagne du terrain dans l'application.

579. L'intérêt pratique du débat se manifeste surtout dans quatre cas.

Premier intérêt.

Il consiste à savoir si l'article 1690 est applicable dans l'hypothèse d'une cession de bail [3]. Le cessionnaire du droit au bail doit-il notifier le transport au bailleur ou obtenir son acceptation ? Oui, si le droit résultant du bail est un droit de créance ; non, dans le cas contraire, car l'exigence de l'article 1690 ne concerne pas les droits réels. Dans la pratique, la question n'a jamais fait de doute ; l'article 1690 est regardé comme applicable [4].

Deuxième intérêt.

L'article 1743 reconnaît au preneur la faculté d'opposer son droit aux acquéreurs de l'immeuble du chef du bailleur. Peut-il l'opposer également aux autres tiers ? C'est à ce point de vue surtout que se justifie l'observation précédemment

1. Dans le sens de la réalité du droit du preneur, voy. Troplong, *Louage*, I, n°s 5 et suiv., — II, n°s 475 et suiv.. — Jozon, *Revue pratique*, 1865, p 358, — Rozy, *ibid.*, p. 468 ; — Rouen 30 juillet 1855, D. P. 1857.II.33, — Paris 12 mars 1858, D. P. 1858.II.131, Sir. 1858.II.256, — 24 juin 1858, D. P. 1859.II. 217, Sir. 1859.II.146, — 29 mars 1860, D. P. 1860.II.185, Sir. 1860.II.122. — 8 juillet 1861, D. P. 1861.II 198, Sir. 1862.II 274, — Chambéry 28 novembre 1862, D. P. 1863.II.67, Sir. 1863.II.87,— Paris 12 mars 1863, Sir. 1863. II.221, — 13 juin 1868, Sir. 1869.II.16.

2. Dans le sens de la personnalité du droit du preneur, voy. Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 471, texte et note 7, — Laurent, XXV, n°s 9 et suiv.,— Mourlon, *Revue pratique*, 1874, p. 193 et 385, — Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 198, — Demolombe, *Distinction des biens*, I, n° 492 ; — Cass. 16 août 1854, D. P. 1854.I.273, Sir. 1855.I.109, — Grenoble 4 janvier 1860, D. P. 1860. II.190, Sir. 1861.II.125, — 21 janvier 1860, Sir. 1860.II.122, — Cass. 6 mars 1861, D. P. 1861.I.417, Sir. 1861.I.713, — 21 février 1865, D. P. 1865.I.132, Sir. 1865.I.113, — 17 décembre 1867, D. P. 1867.I.486, Sir. 1868.I.26, — Lyon 1er juillet 1881, D. P. 1882.II.231, Sir. 1883.II.212.

3. Voy., sur l'article 1690, *suprà*, p. 255 et suiv.

4. Voy. *suprà*, p. 252 ; — Guillouard, *Louage*, 3e édition, I, n° 346, — Paris 24 janvier 1873, D. P.1874.II.140, Sir. 1875.II.335.

faite [1], que la théorie de la réalité du droit du preneur aurait l'avantage de donner à ce droit une indépendance et une stabilité singulières.

En particulier, le preneur peut-il, en son propre nom, actionner directement un tiers qui viendrait à le troubler dans sa jouissance ?

Dans l'hypothèse d'un trouble de fait [2], l'article 1725 reconnaît au preneur le droit d'agir.

Mais que décider dans l'hypothèse d'un trouble de droit [3], à laquelle fait allusion l'article 1726 ? Par exemple, le preneur peut-il faire expulser un autre preneur exerçant dans la même maison la même industrie ou une industrie similaire ? De ce que le bailleur doit procurer au locataire la jouissance paisible et effective de la chose louée (article 1719-3°) nous avons conclu qu'il doit s'abstenir de tous faits pouvant priver le preneur d'une partie des avantages que celui-ci était en droit d'espérer ; quand il a donné à bail une portion d'immeuble en vue d'une industrie déterminée, il ne peut ni exercer lui-même une industrie rivale, ni donner à bail une autre portion du même immeuble à une personne exerçant une pareille industrie ; c'est un des objets de la garantie du bailleur [4]. Au cas d'infraction à cette obligation du bailleur, le preneur peut incontestablement agir contre le bailleur, en alléguant l'inexécution d'une obligation à la charge de celui-ci. Mais peut-il agir directement contre le tiers locataire, et faire valoir contre lui un droit résultant du bail ? Si le preneur n'a qu'un droit de créance, cela lui est impossible, car le droit de créance n'existe que dans les rapports du créancier avec le débiteur ; le locataire n'a pas d'autre ressource que de s'adresser au bailleur. Si le preneur a un droit réel, il peut agir directement contre l'auteur du trouble ; car son droit et toutes les prérogatives qui en découlent sont opposables aux tiers.

La jurisprudence, particulièrement celle de la Cour de Paris, a varié sur cette question. Après avoir autorisé l'action directe du preneur [5], elle paraît tendre à lui en refuser le

1. *Suprà*, n° 577.
2-3. Sur la distinction entre le trouble de fait et le trouble de droit, voy. *suprà*, p. 136 et suiv.
4. Voy. *suprà*, n° 523.
5. Paris 29 mars 1860, D. P. 1860.II.183, Sir 1860.II.122, — 8 juillet 1861,

bénéfice [1]. La Cour de Paris a été suivie, dans ce revirement, par le tribunal de la Seine [2], qui avait d'abord consacré, à diverses reprises [3], le droit pour le locataire d'agir directement en vertu de son bail.

Troisième intérêt.

Si le droit du preneur est un droit de créance, il est sanctionné par une action personnelle, l'ancienne *actio conducti* ; or, aux termes de l'article 59 du Code de procédure [4], la compétence est déterminée, en ce qui concerne les actions personnelles, par la règle *actor sequitur forum rei*, ce qui revient à dire que les demandes du preneur doivent être portées au tribunal du domicile du bailleur. Au contraire, si le preneur est investi d'un droit réel, il dispose de deux actions : une action personnelle, à l'effet d'obtenir les prestations qui constituent les obligations du bailleur,— et une action réelle, comme conséquence de son droit de jouissance. Si le droit du preneur est réel, il doit être sanctionné par une action réelle, au moins par une action mixte, qui peut être régulièrement portée devant le tribunal de la situation de l'immeuble (article 59 C. proc. civ.) [5].

Ce n'est là qu'un intérêt d'ordre secondaire, un intérêt de procédure.

La Cour de cassation, dans les arrêts des 21 février 1865 [6] et 17 décembre 1867 [7], ne reconnaît compétence qu'au seul tribunal du domicile du bailleur pour connaître de l'action du preneur [8]. Elle considère donc l'action comme personnelle. « Le contrat de bail, dit la Cour, n'implique aucun démem-« brement de la propriété de l'immeuble loué, n'engendre « pas par lui-même de droit réel au profit du locataire contre « le bailleur ; par suite, toutes les actions qui en décou-« lent, de quelque nature qu'elles soient, ont un caractère « purement personnel, qui les fait relever, par application

D.P. 1861.II.198, Sir 1862.II.274, — 12 mars 1863, Sir. 1863.II.221.

1. Paris 26 juillet 1879, Sir 1881.II.229.

2. Trib. de la Seine 23 novembre 1885, Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° *Louage* n° 282, — 20 juin 1901, D. P. 1902.II.379.

3. Trib de la Seine 2 juin 1883, *La Loi* du 7 septembre.

4-5. Voy. Garsonnet, *Traité de procédure*, 1re édition, I, p. 171 et suiv.

6. D. P. 1865.I 132, Sir. 1865.I.113.

7. D. P. 1867.I.486, Sir. 1868.I.26.

8. Cpr. Lyon 1er juillet 1881, D. P. 1882.II.231. — Exception est faite, bien entendu, pour les mesures urgentes, qui rentrent dans la compétence du juge des référés du lieu où l'immeuble est situé : Paris 13 juin 1868. D. P. 1868.

« de l'article 59 du Code de procédure, du juge du domicile « du défendeur. »

Le système du droit personnel est déjà celui que nous avons vu prévaloir devant la Cour de cassation à propos du premier intérêt que nous avons signalé.

Au point de vue qui nous occupe en ce moment, il semble, d'ailleurs, que la jurisprudence des cours d'appel se sépare de celle de la Cour de cassation[1].

Quatrième intérêt.

Dans le cas de deux locations successives du même immeuble consenties à deux personnes différentes, la question se pose de savoir quel est celui des deux preneurs qui doit être préféré à l'autre.

Si le droit du preneur est un droit de créance, celui des deux preneurs qui aura le premier donné date certaine à son titre devra être préféré à l'autre. C'était la solution admise, avant la loi de 1855, au cas de deux acquéreurs successifs du même immeuble[2]. Entre deux locataires successifs du même immeuble, la priorité de droit va déterminer la préférence.

Si le droit du preneur est un droit réel, la préférence se déterminera par la priorité de transcription. L'article 3 de la loi de 1855 n'est applicable qu'en cas de conflit de droits réels immobiliers ; la priorité de transcription ne vaut priorité de droit qu'en cas de conflit de droits réels.

La jurisprudence, à cet égard encore, traite le droit du preneur comme un droit de créance. Seulement elle décide que la priorité de droit, en pareille matière, se détermine non par la priorité de date du contrat, mais par la priorité de possession[3].

580. Tels sont les quatre intérêts principaux engagés dans le débat.

II.178, — Chambéry 25 mars 1896, *Gazette du Palais*, 1896.II.271, — Cass. 22 janvier 1901, D. P. 1901.I.94.

1. Paris 10 février 1853, D. P. 1853.II.156, — Rouen 30 juillet 1855, *Recueil des arrêts de Caen et de Rouen*, 1855.II.265, — Paris 12 mars 1858, D. P. 1858.II. 131.

2. Voy. *suprà*, p. 110 et 111, — *Les contrats et les obligations*. p. 204 et suiv.

3. Cass. 19 mai 1857, D. P 1857.I.367, - Douai 3 août 1870, D. P. 1871. II.115, Sir. 1870.II.273, — Lyon 30 juillet 1881, D. P. 1882.II.232. — *Contrà* : Rouen 15 mars 1869, D. P. 1871.II.78.

Il y en a d'autres[1]. Mais ceux qui viennent d'être indiqués suffisent à montrer l'importance de la question, même envisagée à un point de vue purement pratique, sans parler de l'intérêt législatif déjà signalé.

1. Voy., pour plus de détails sur ce sujet, Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, VII, p. 285 et suiv.

En particulier, beaucoup d'auteurs présentent comme certaine ou même comme évidente l'idée que le droit du preneur d'immeuble doit être considéré comme mobilier ou immobilier suivant qu'on le regarde comme personnel ou réel. Voy. Demolombe, *Traité de la distinction des biens*, n[os] 154 et 155, — Aubry et Rau, 4[e] édition, IV, p. 472, — Guillouard, *Louage*, 3[e] édition, I, n[o] 25, — et surtout Planiol, *Traité élémentaire*, 4[e] édition, I, n[o] 846, — II, n[o] 1709.

Voici comment raisonnent ces auteurs.

Si le droit du preneur d'immeuble est un droit réel, il constitue un immeuble par l'objet auquel il s'applique (article 526 C. civ.). Au contraire, si c'est un droit personnel, il a forcément un caractère mobilier. Quelles sont, en effet, les prérogatives qui en résultent ? D'abord, le bailleur est tenu de procurer et d'assurer au preneur la jouissance effective de l'immeuble (article 1719) ; c'est une obligation de faire ; or toutes les obligations de faire ou de ne pas faire sont mobilières, même quand le fait ou l'abstention est relatif à un immeuble : tantôt on dit qu'elles ont pour objet le fait du débiteur plutôt que l'immeuble lui-même, — tantôt on allègue qu'elles ont pour objet véritable non pas même le fait du débiteur, mais les dommages-intérêts dans lesquels elles se résolvent, conformément à l'article 1142 (*Les contrats et les obligations*, p. 260 et suiv.), dommages-intérêts qui sont chose essentiellement mobilière. En second lieu, le preneur a droit aux fruits de l'immeuble, au moins dans le bail à ferme ; or s'il est vrai que les fruits pendants par branches ou par racines ont un caractère immobilier (articles 520 et 521), plusieurs textes fournissent la preuve que les fruits d'un fonds doivent être considérés comme des meubles quand on les envisage comme devant en être séparés : les articles 526 et suivants du Code de procédure rangent la saisie des fruits pendants, ou saisie brandon (voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 33), parmi les saisies mobilières, — la loi du 5 juin 1851 attribue compétence à la fois aux commissaires-priseurs et aux notaires pour les ventes de fruits pendants (voy. *suprà*, n[os] 456 et 457), ce qui revient à dire que ces ventes sont mobilières, — enfin la loi du 22 frimaire an VII n'assujettit ces ventes qu'à la taxe de 2 0/0 perçue en matière mobilière.

La nature mobilière du droit du preneur d'immeuble étant ainsi établie, on déduit les conséquences suivantes : 1° le droit du preneur peut être donné en gage (Cass. 6 mars 1861, D. P. 1861.I.417, Sir. 1861.I.713, — Paris 21 juillet 1892, D. P. 1893.II.108), à la condition d'observer les formalités prescrites par l'article 2075 (*Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 125), — 2° si le preneur institue deux légataires différents, l'un pour les meubles et l'autre pour les immeubles, le droit au bail appartient au légataire des meubles, — 3° si le preneur se marie sous le régime de communauté légale, le droit au bail tombe dans la communauté, — 4° si le preneur se marie sous le régime dotal et si le droit au bail fait partie de la dot, ce droit est soumis aux principes relatifs à la dot mobilière.

Cette argumentation, reproduite par un grand nombre d'auteurs, ne peut pas être admise.

La considération présentée en ce qui concerne les fruits n'est pas pertinente. D'une part, elle ne s'applique qu'au bail à ferme et n'a rien à voir avec le

581. En définitive, à quelle opinion convient-il de s'arrêter? La question, nous l'avons dit[1], se pose dans les termes suivants. Le législateur, en rédigeant les articles 1743 du Code civil et 684 du Code de procédure a-t-il eu l'intention d'in-

droit du preneur d'immeuble à loyer. D'autre part et en ce qui concerne le bail à ferme, elle repose sur une équivoque; le droit du preneur à ferme ne consiste pas seulement dans la faculté de percevoir les fruits, mais dans la faculté beaucoup plus générale de jouir de l'immeuble, ce qui comprend le droit d'habiter les bâtiments de la ferme, de faire paître les troupeaux, quelquefois le droit de chasse, etc.

Quant à l'idée que la créance du preneur est mobilière comme ayant pour contre partie une obligation de faire, laquelle a forcément une nature mobilière, elle repose sur une analyse tout à fait inexacte de la nature et des effets des obligations de faire. On dit que l'obligation de faire a pour objet le fait du débiteur plutôt que la chose elle-même, de sorte que la nature de la chose n'aurait aucune influence sur la nature de l'obligation; mais on pourrait en dire autant des obligations de donner, et personne ne songe à contester que l'obligation de donner un immeuble ne soit une obligation immobilière; au surplus, il est malaisé de comprendre comment le fait du débiteur, envisagé indépendamment de la chose, peut être considéré comme étant mobilier ou immobilier. On ajoute que le véritable objet d'une obligation de faire consiste dans les dommages-intérêts dans lesquels elle se résout au cas d'inexécution; mais nous avons fait observer ailleurs (*Les contrats et les obligations*, p. 260 et suiv) qu'il est inexact de présenter les choses sous ce jour et que les obligations de faire sont souvent susceptibles d'exécution forcée directe, tout comme les obligations de donner; la matière du bail fournit à cet égard un exemple topique: au cas d'inexécution de l'obligation de faire mise à la charge du bailleur par l'article 1719, les tribunaux peuvent fort bien prendre des mesures pour assurer, par voie de contrainte, la jouissance effective de l'immeuble par le preneur.

Il faut abandonner l'idée que le caractère mobilier ou immobilier du droit du preneur dépend de la nature personnelle ou réelle de ce droit. Le bailleur d'un immeuble est tenu de deux obligations (*Les contrats et les obligations*, p. 95, 251 et 252) D'un côté, il est tenu de livrer l'immeuble au preneur, ce qui constitue une obligation de donner, dont la nature se détermine d'après celle de la chose qui en est l'objet, et qui, partant, est immobilière dans le bail d'immeuble. D'un autre côté, il est tenu, après avoir livré l'immeuble, de procurer et d'assurer au preneur la jouissance effective de cet immeuble; or nous verrons plus tard, dans la partie du *Cours* intitulée *La classification des droits, la propriété et ses démembrements*, sous les articles 526 et 529 du Code civil, que les créances correspondant à des obligations de faire sont mobilières quand le fait à accomplir se traduit par la fourniture d'un meuble, — immobilières quand le fait accompli procure au créancier la jouissance d'un immeuble, comme par exemple quand il s'agit de l'obligation contractée par un entrepreneur de construire ou réparer un immeuble Faisant application de ces principes à la matière qui nous occupe, nous arrivons à cette conclusion que le droit du preneur d'immeuble, s'il est un droit personnel, constitue une créance immobilière; d'où cette conséquence que la nature du droit est immobilière aussi bien si on le considère comme personnel que si on le regarde comme réel. Voyez en ce sens Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, VII, n° 198 *bis* VII, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e édition, I, p. 360.

1. Voy. *suprà*, n° 578.

troduire une théorie nouvelle et d'abroger la tradition d'après laquelle le droit du preneur est un simple droit de créance ? Ou bien les règles édictées par ces deux articles constituent-elles des dispositions d'exception, s'expliquant par des considérations d'utilité et non par l'idée d'une transformation juridique du droit du preneur ?

Ainsi posée, la question, malgré les divergences qui se manifestent parmi les interprètes et dans la jurisprudence, ne paraît pas pouvoir faire sérieusement difficulté.

582. Ecartons d'abord l'article 684 du Code de procédure et l'argument qu'on prétend en tirer.

Ce texte accorde un droit de préférence au preneur à l'encontre des créanciers du bailleur. Mais on ne peut pas y voir la preuve de l'avènement d'une doctrine nouvelle. Voici pourquoi. La disposition qu'il consacre se retrouve dans l'ancien droit, spécialement dans Pothier [1]. Or jamais personne, dans l'ancien droit, n'avait songé à prétendre que le droit du preneur eût un caractère réel. La disposition correspondant à l'article 684 était regardée comme un tempérament d'équité, comme un moyen de donner au droit du preneur une stabilité que la nature juridique de ce droit ne lui assurait pas, tempérament que l'on prenait soin de consacrer d'une manière expresse, précisément parce que la logique aurait conduit à une solution opposée. La logique juridique a des exigences rigoureuses ; mais ce n'est pas une raison pour que la loi, qui doit avant tout faire œuvre pratique, en accepte toutes les déductions ; ici, elle en a décliné une. En un mot, la règle de l'article 684 est une exception ; elle était admise comme telle avant le Code civil et le Code de procédure, et elle a été reproduite comme telle dans l'article 684. Il n'y a donc rien à tirer de ce texte comme preuve d'une innovation législative.

583. Reste l'article 1743, qui est la pierre angulaire de la doctrine du droit réel. Faut-il le regarder comme ayant consacré un système nouveau ?

Aucun indice ne révèle que telle ait été l'intention du législateur. La règle consacrée par l'article 1743 n'a été envisagée, dans les travaux préparatoires, que comme une application plus ou moins directe de la maxime *Nemo plus juris trans-*

1. *Contrat de louage*, n° 304.

ferre potest quam ipse habet[1] ; elle a été admise non comme une conséquence juridique de la nature du droit du preneur, mais parce qu'on l'a jugée équitable et utile : équitable, car il serait injuste que le bailleur, en aliénant l'immeuble loué, pût mettre à néant la convention par lui souscrite, — utile, car le fermier ne ferait pas les dépenses nécessaires à l'exploitation et ne pourrait pas vraiment fonder un établissement agricole, s'il n'était assuré de son temps de jouissance même en cas d'aliénation de l'immeuble.

Il faut répéter ce que nous avons dit à propos de l'article 684 du Code de procédure. La règle consacrée par l'article 1743 n'allait pas d'elle-même, et c'est pour cela qu'il était utile de l'inscrire dans la loi. Donc, au lieu de prouver que le preneur a un droit réel, l'article 1743 prouve le contraire ; au nom de l'utilité pratique, il a écarté l'une des conséquences résultant de ce que le droit du preneur est un droit personnel. Le législateur a voulu donner au preneur une certaine indépendance en le faisant participer à quelques-uns des avantages du droit réel, mais sans avoir l'intention de transformer la nature traditionnelle du droit du preneur.

584. L'observation suivante complète cette démonstration. La règle posée par l'article 1743 n'a pas été inventée par le législateur en 1804.

L'origine de l'article 1743, qui maintient le bail en cas d'aliénation de l'immeuble par le bailleur, se trouve dans le droit romain. La loi romaine n'hésitait pas à regarder le droit du preneur comme un droit personnel, et elle admettait, par voie de conséquence, que l'acquéreur de l'immeuble peut expulser le preneur. Mais elle réservait l'hypothèse où l'acquéreur se serait engagé envers le preneur, par stipulation spéciale, à respecter, à entretenir le bail [2]. Même, la clause d'entretien du bail fut réputée sous-entendue dans les ventes d'immeubles du fisc [3].

L'ancien droit conserva le principe romain [4]. Mais il admit, comme le droit romain, la possibilité, pour le bailleur qui

1. Cpr. *suprà*, n° 571.
2. Voy fragm 25 § 1, Dig., *Locati conducti*, XIX, 2, — Constit. 9, Code de Justinien, *Locati conducti*, IV, 65. — Cpr. May, *Eléments de droit romain*, 1re édition, II, p. 143, — et Girard, *Manuel élémentaire*, 1re édition, p. 556.
3. Fragm. 50, Dig., *De jure fisci*, XLIX, 14.
4. Loisel disait : « Vendage passe louage. » Voy. *Institutes coutumières*, livre III, titre VI, règle 1 (édit. Laboulaye et Dupin, I, p. 413).

vend le fonds, d'imposer conventionnellement au preneur le respect du bail ; et même il sous-entendit cette clause dans beaucoup plus de cas que n'avait fait le droit romain [1].

La loi des 26 septembre-6 octobre 1791 (titre I, section II, articles 2 et 3), sur la police rurale, accentua l'évolution du droit en ce sens. S'agit-il de baux à loyer, on reste dans les termes du droit commun ; l'acquéreur de l'immeuble n'est tenu de respecter le bail que s'il s'y est engagé envers le bailleur qui lui a consenti la vente. S'agit-il de baux à ferme, la loi de 1791 adopte un moyen terme, une solution pratique qui n'a pas la prétention d'être considérée comme un élément d'un système. Elle fait une distinction. Si le bail ne dépasse pas six ans, l'acquéreur doit l'entretenir ; c'est ce que dit l'article 2 : « Dans un bail de six années ou au-dessous, fait après la publication du présent décret, quand il « n'y aura pas de clause sur le droit du nouvel acquéreur à « titre singulier, la résiliation du bail, en cas de vente du « fonds, n'aura lieu que de gré à gré. » Si le bail dépasse six ans, on reste dans les termes du droit commun ; c'est ce que dit l'article 3 : « Quand il n'y aura pas de clause sur ce droit « dans les baux de plus de six années, en cas de vente du « fonds, le nouvel acquéreur à titre singulier pourra exiger « la résiliation, sous la condition de cultiver lui-même la « propriété, mais en signifiant le congé au fermier au moins « un an à l'avance, pour qu'il sorte à pareils mois et jour que « ceux auxquels le bail aurait fini. »

Ces dispositions étaient des tâtonnements, des essais tentés pour donner satisfaction aux exigences de la pratique.

Qu'a fait l'article 1743? Il a étendu à tous les baux d'immeubles la règle que la loi de 1791 avait admise d'une manière partielle. Trouvant la clause d'entretenir le bail usitée dans la pratique, il l'a considérée, *æquitatis et utilitatis causâ*, comme sous-entendue dans tous les baux. De là l'article 1743, qui n'abroge pas la règle romaine, mais qui étend l'exception déjà consacrée par la pratique à Rome et dans l'ancienne France.

Or, ces modifications apportées à la situation résultant de la stricte logique étaient-elles regardées comme des modifications affectant la nature du droit du preneur ? En aucune

1. Voy. Pothier, *Louage*, nos 292 et suiv.

façon. Pour employer les termes dont se sert la Cour de cassation dans un de ses arrêts [1], « il est impossible d'admettre « que le Code déroge à l'ancien droit, alors qu'il en reproduit « la doctrine ».

En résumé, l'article 1743 s'explique historiquement; il est une extension de la loi de 1791, de même que celle-ci avait été une extension des usages précédents. Le maintien du bail malgré l'aliénation de l'immeuble est équitable et utile. L'usage s'était établi dans l'ancien droit d'imposer à l'acquéreur l'obligation de respecter le bail et de remplacer le bailleur près du preneur. Le Code tient cette clause pour sous-entendue. Les exigences des faits l'emportent sur les conséquences de la logique.

585. Il y avait d'autant moins lieu d'attacher une pareille importance doctrinale à l'article 1743 que d'autres articles, ne faisant que reproduire des dispositions traditionnelles, contiennent des exceptions analogues. L'influence des mêmes idées se retrouve dans d'autres cas en matière de bail. Ainsi l'article 595 déclare opposable au propriétaire le bail fait par l'usufruitier ; les articles 1429 et 1430 déclarent opposable à la femme le bail fait par le mari ; l'article 1673 alinéa 2 *in fine* déclare opposables au vendeur les baux faits par l'acheteur à réméré [2]. Dans tous ces cas, le maintien du bail contre des personnes qui ne l'ont pas personnellement souscrit tient-il à ce que le bail confère au preneur un droit réel ? On n'a jamais songé à le prétendre Ces différentes personnes sont tenues par la loi de respecter le bail parce que ce contrat a le caractère d'un acte d'administration dont il est nécessaire d'assurer la stabilité [3].

L'article 1743 s'explique pour une raison semblable. Comment donc conclure de cet article à une transformation théorique dans la nature du droit du preneur ?

Bien loin d'avoir modifié la nature du droit, le Code, sauf

1. Cass. 6 mars 1861, D. P. 1861.I.417, Sir. 1861.I.713.
2. *Suprà*. n[os] 322 et 497.
3. On cite quelquefois, dans le même ordre d'idées, l'article 1718, qui déclare opposables au pupille les baux faits par le tuteur, au moins dans certaines limites. Mais c'est une erreur Le tuteur étant le représentant légal du pupille, celui-ci est censé avoir souscrit personnellement les baux passés par le tuteur. L'article 1718 a pour unique objet de limiter les pouvoirs du tuteur dans cette ordre d'idées; le tuteur ne représente le pupille que dans la mesure indiquée par le texte. Voy. *suprà*, n° 496, — *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 511.

pour le cas spécial prévu par l'article 1743, maintient toutes les conséquences découlant du système de la personnalité, telles que les admettaient la législation romaine et l'ancien droit français.

Ainsi s'expliquent les articles 1709 et 1719, dont l'un définit le contrat de louage et dont l'autre énumère les obligations du bailleur. On ne saurait comment expliquer autrement l'article 1768, qui devient inintelligible si le droit du preneur n'est pas purement personnel.

586. Enfin, la loi du 23 mars 1855 fournit en faveur du système de la personnalité un dernier argument. L'article 3 alinéa 2 soumet à la transcription les baux de dix-huit ans et déclare que sans l'accomplissement de cette formalité ils ne sont pas opposables aux tiers [1]. Ce n'est pas de la nature du droit que résulte la nécessité de la transcription, mais seulement de la durée du droit [2]. Il en est autrement pour l'usufruit, qui est soumis à l'application de la loi de 1855 quelle que soit sa durée [3]. Pourquoi cette différence si les deux droits étaient de même nature ?

Le législateur de 1855 avait une bonne occasion de résoudre la question qui nous occupe. Il ne l'a pas résolue expressément. Mais la disposition de l'article 3 alinéa 2 ne s'explique que si l'on considère le droit du preneur comme un droit personnel. L'idée est toujours la même ; pour donner au droit du preneur une stabilité, une indépendance qu'il n'a pas par lui-même étant donné son caractère de droit personnel, la loi lui applique quelques-unes des règles propres aux droits réels : afin de sauvegarder l'intérêt des tiers, elle soumet les baux à transcription, non pas toujours, comme elle l'aurait fait s'ils conféraient un droit réel, mais quelquefois, quand leur longue durée constitue un véritable danger pour les tiers.

587. Concluons donc. Le droit du preneur reste un droit de créance. Seulement, dans certains cas exceptionnels, la loi,

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 214, — *suprà*, n°s 572 et 575.

2. Pour qu'on ne se méprit pas à cet égard, le rapporteur de la loi au Corps législatif s'est exprimé en ces termes : On a dû « assujettir à la transcription « tous les actes qui, *sans constituer des droits réels*, imposent cependant à la pro- « priété des charges qui sont de nature à en altérer sensiblement la valeur ; « tels sont les baux à long terme ». D. P. 1855.IV.30, col. 1.

3 Cette solution résulte avec évidence du rapprochement de l'article 1 de la loi de 1855 avec l'article 2118 du Code civil. Voy. Aubry et Rau, 5e édition, II, p. 667, texte et note 6.

pour des raisons d'utilité, soumet ce droit à certaines prescriptions qui sont ordinairement propres aux droits réels. Ainsi s'expliquent toutes les dispositions de la loi.

588. Nous sommes conduits de la sorte à une observation qui va achever de préciser la portée de l'article 1743.

Nous avons constaté que le sens du texte est le suivant : la clause d'entretenir le bail, fort usitée précédemment en fait, est désormais sous-entendue. Il résulte de là non seulement que le preneur a un droit opposable à l'acquéreur, mais que l'acquéreur est tenu, comme l'était le bailleur auquel il se substitue, de procurer une jouissance effective, de « faire « jouir », suivant l'expression de l'article 1709.

Or ce résultat est favorable au preneur ; et on n'arriverait pas à ce résultat avec la théorie du droit réel. Si le preneur pouvait opposer le bail à l'acquéreur comme ayant donné naissance à un droit réel, il n'aurait contre l'acquéreur aucun droit individuel, et ne posséderait, vis-à-vis de lui, que le droit de jouir ; pour obtenir la jouissance à laquelle il a droit, il devrait s'adresser au bailleur, seul tenu envers lui. Au contraire, si le preneur peut opposer le bail à l'acquéreur parce que l'acquéreur est réputé s'être engagé à entretenir le bail, il exerce contre lui tous les droits qu'il aurait eus contre le bailleur ; il a non seulement le droit de jouir, mais le droit d'exiger que l'acquéreur le fasse jouir.

A ce point de vue, la théorie du droit de créance est plus favorable au preneur. Elle lui confère à l'encontre de l'acquéreur, par suite de la clause sous-entendue d'entretenir le bail, des droits qu'il n'aurait pas autrement ; le preneur se trouve vis-à-vis de l'acquéreur dans la situation où il était vis à-vis du bailleur.

Or c'est ce que la pratique admet[1]. L'acquéreur est subrogé au bailleur, qui lui transmet son obligation, de telle sorte que rien n'est changé au bail.

589. Nous en avons fini avec cette question, qui est intéressante, nous l'avons vu, au double point de vue juridique et économique [2].

La thèse du droit réel l'emportera selon toute vraisem-

1. Paris 14 juin 1859, D. P. 1859. II. 116, — Rouen 15 mars 1869, D. P. 1871. II. 78, — Cass. 25 avril 1893, D. P. 1893. I. 287.

2. Voy. sur l'ensemble de la question Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, VII, p. 285 à 294.

blance. Si elle n'a pas de fondement en droit pur, elle est très acceptable en législation, peut-être même préférable. Tôt ou tard le droit du preneur sera considéré comme un *jus in re immobili* susceptible d'hypothèque. Pourquoi n'en serait-il pas ainsi ? Du moment que la tradition, dont l'origine n'est rien moins que claire, ne suffit pas à donner satisfaction à des intérêts qui se manifestent, il faudra bien qu'elle finisse par être modifiée.

Seulement, cette modification est-elle actuellement réalisée ? Interprètes de la loi, nous devons répondre que non.

§ 2. — Règles particulières aux baux à loyer.

590. Au titre *Du louage*, les règles particulières aux baux à loyer sont indiquées par les articles 1752 à 1762, qui forment la section II du chapitre II.

Ces articles — et nous en dirons autant de ceux composant la section suivante, qui traite des règles particulières aux baux à ferme — ne présentent guère d'intérêt doctrinal. Ils ne renferment que des détails de pure pratique, et nous avons déjà relevé les quelques dispositions qui méritent de fixer l'attention. Nous pourrons donc passer rapidement sur ce qui reste.

Les seuls articles de la section II qu'il faille signaler ont trait à cinq points.

Premier point.

591. L'article 1752 est ainsi conçu : « Le locataire qui ne « garnit pas la maison louée de meubles suffisants peut être « expulsé, à moins qu'il ne donne des sûretés capables de « répondre du loyer. »

La loi impose au locataire l'obligation de garnir la maison louée de meubles suffisants afin d'assurer l'efficacité du privilège accordé au bailleur[1] par l'article 2102-1° ; cette exigence assure indirectement le paiement des loyers, comme l'indiquent les derniers mots de l'article 1752. Faute de satisfaire à cette exigence, le locataire est exposé à la résiliation du bail (article 1184), ce que l'article 1752 exprime en disant qu'il peut être expulsé ; à moins toutefois, ajoute le texte, « qu'il ne donne des sûretés capables de répondre du loyer ».

1. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 346 et suiv.

Cette règle n'est pas, à proprement parler, particulière aux baux à loyer, car l'article 1766 dispose : « Si le preneur d'un « héritage rural ne le garnit pas de bestiaux et des ustensiles « nécessaires à son exploitation,.... le bailleur.... peut, sui- « vant les circonstances, faire résilier le bail. » Aussi aurait-on pu insérer cette disposition dans la section I, qui traite des règles communes aux baux à loyer et à ferme. Cependant la règle, bien que commune aux locataires et aux fermiers, n'est pas tout à fait identique dans les deux cas ; et c'est pourquoi le Code la mentionne à deux reprises.

592. La seule question que soulève l'article 1752 est de savoir ce qu'il faut entendre par l'expression « meubles suf- « fisants ».

On ne doit prendre en considération que les meubles sur lesquels porte le privilège du bailleur[1]. En effet, l'article 1752 est la garantie d'efficacité de ce privilège. Or il frappe « tout ce qui garnit la maison louée », suivant les termes de l'article 2102-1°.

Ces meubles doivent représenter une valeur suffisante. Mais suffisante eu égard à quoi ? La suffisance n'est qu'une relation ; elle suppose un terme de comparaison.

Faut il que les meubles soient suffisants pour répondre du montant des loyers du bail tout entier ? Dira-t-on, au contraire, que les meubles garnissant la maison sont suffisants lorsqu'ils couvrent le terme courant ?

Les opinions, sur ce point de pure pratique, restent partagées. Les anciens usages de Paris exigeaient que les meubles garantissent une année entière de loyer[2]. Plusieurs auteurs[3] estiment que le locataire satisfait à son obligation de garnir la maison louée lorsque son mobilier est suffisant pour répondre du loyer courant et du terme prochain, ainsi que des frais de saisie et de vente. Un auteur va jusqu'à exiger que les meubles couvrent les loyers du bail entier[4].

Toutes ces solutions sont arbitraires. La loi n'a pas indiqué le nombre des termes de loyer dont le paiement doit être garanti ; par suite, c'est dans un autre ordre d'idées qu'il faut chercher la réponse à la question posée.

1. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 346 et suiv.
2. Voy. Guyot, *Répertoire de jurisprudence*, édition de 1784, v° *Bail*, p. 20.
3. Duranton, XVII, n° 157, — Troplong, *Louage*, II, n° 531,— Planiol, 4° édition, II, n° 1699, p. 551.
4. Laurent, *Principes*, XXV, n° 424.

La seule notion rationnelle est celle-ci : le locataire doit être considéré comme ayant satisfait à son obligation quand il a meublé les lieux loués dans la mesure que comporte leur destination, suivant sa condition personnelle. Il y a là un terme de comparaison qui reste un peu élastique, mais qui a, du moins, l'avantage de faire échapper à l'arbitraire. Le tribunal, en cas de contestation, apprécie ce que comportent la destination des lieux et la condition du preneur [1].

Deuxième point.

593. Les articles 1754 à 1756 ont trait à la distinction entre les réparations locatives et les réparations d'entretien.

Nous avons déjà signalé quelle utilité il y a à les distinguer [2]. Les réparations locatives, ou de menu entretien, sont à la charge du locataire, à moins qu'il ne prouve qu'elles sont occasionnées par la vétusté ou la force majeure ; elles sont présumées le fait du locataire. Au contraire, les réparations d'entretien sont à la charge du bailleur, à moins qu'il ne prouve qu'elles proviennent du fait du locataire.

Nous ne pouvons que renvoyer aux textes en ce qui concerne les applications pratiques de la distinction.

Troisième point.

594. Les articles 1757 à 1759 ont trait à la détermination de la durée du bail. Ils font application au bail à loyer des règles que nous avons déjà exposées [3] relativement aux baux à durée fixe ou écrits, aux baux à durée indéterminée ou non écrits, et à la tacite reconduction. Nous n'avons point à revenir sur ces règles.

Quatrième point.

595. L'article 1761 s'occupe du droit que le bailleur peut s'être réservé par le contrat de reprendre la jouissance de l'immeuble avant l'expiration du bail : « Le bailleur ne peut résoudre la location, encore qu'il déclare vouloir occuper par « lui-même la maison louée, s'il n'y a eu convention con« traire. »

1. Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 504. — Guillouard, *Louage*, II, n° 461. — Demante et Colmet de Sancerre, VII, n° 200 *bis* II. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e édition, I, nos 699 et suiv.
2. *Suprà*, p. 368 et 380.
3. *Ibid.*, p. 347 et suiv.

Ce texte était inutile ; la solution résultait déjà de l'article 1134[1]. L'intérêt d'une des parties ne l'autorise pas à revenir sur une convention conclue. Aussi l'article 1761 ne s'explique-t-il qu'historiquement ; il a abrogé une loi romaine, la loi *Aede*[2], que l'ancien droit avait maintenue[3].

Dans le cas où une clause du bail a réservé au bailleur la faculté d'expulser le preneur pour occuper lui-même la maison, le bailleur ne peut user de cette faculté qu'en signifiant congé aux époques d'usage (article 1762).

Cinquième point.

596. L'article 1760 est relatif à la responsabilité du locataire en cas de résiliation du bail par sa faute : « En cas de ré-« siliation par la faute du locataire, celui-ci est tenu de payer « le prix du bail pendant le temps nécessaire à la relocation, « sans préjudice des dommages et intérêts qui ont pu résul-« ter de l'abus. »

Le temps « nécessaire à la relocation » n'est pas celui qui s'écoule jusqu'à ce que le bailleur trouve effectivement à relouer, mais celui que l'usage des lieux donne au propriétaire pour s'assurer un nouveau locataire, autrement dit le délai du congé[4].

597. La pratique de Paris a trouvé une combinaison pour aggraver, dans ce cas, la responsabilité du locataire. Au lieu de demander la résiliation, auquel cas l'article 1760 serait applicable, le bailleur provoque une expulsion de lieux au moyen d'une simple ordonnance de référé, mesure d'ordre et d'urgence, au nom de la sécurité ou de la morale publique. Le bail n'est pas résilié ; par conséquent, le preneur, quoiqu'expulsé, continue de devoir le loyer, à moins qu'il n'obtienne à son tour une résiliation contre le bailleur. On a vu le locataire d'une brasserie, expulsé par ordonnance sur ré-

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 310. — Sur les motifs qui ont été invoqués pour insérer au code l'article 1761, voy Fenet, XIV, p. 251.
2. Constit. 3, C. de Justinien, *Locati conducti*, IV, 65. — Voy. Girard, *Manuel élémentaire*, 1re édition, p. 556, — Ortolan, *Explication historique des Instituts*, 12e édition, III, p. 300.
3. Pothier, *Louage*, n° 336.
4. Voy. Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 504, texte et note 5, — Guillouard, *Louage*, 3e édition, II, n° 508, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e édition, I, n° 347 ; — Cass. 1er juillet 1831, D. P. 1831.I.249, — 24 novembre 1879, D. P. 1880.I.385, — trib. de la Seine 3 mars 1894, sous Paris 11 décembre 1895, D.P. 1896.II.193.

féré pour n'avoir pas suffisamment veillé au respect de la morale dans son établissement, et qui pendant sept ans a dû payer le loyer de l'immeuble dont il avait été expulsé. Cet expédient est absolument irrégulier ; il y a là un usage abusif des ordonnances sur référé, et une violation indirecte de l'article 1760.

§ 3. — Règles particulières aux baux à ferme.

598. Le Code énonce ces règles dans les articles 1763 à 1778, qui forment la section III du chapitre II, au titre *Du louage*. De même qu'à propos des règles particulières aux baux à loyer, nous serons ici très sobres de détails.

Les seuls articles qu'il importe de relever sont relatifs à cinq objets.

Premier point.

599. Plusieurs articles ont trait à la distinction des différentes espèces de baux à ferme.

Ils en distinguent deux espèces : le bail à ferme ordinaire et le bail à colonage partiaire.

600. **Le bail à ferme ordinaire** est celui dans lequel le fermage consiste en un prix convenu à forfait.

La généralité des articles de la section III (articles 1763 à 1778) y sont consacrés. Le législateur de 1804 a envisagé le bail à ferme presque exclusivement sous cette forme.

601. **Le bail à colonage partiaire**, ou métayage, est celui dans lequel le fermage consiste en une portion des récoltes. Des seize articles de la section III deux seulement s'en occupent : les articles 1763 et 1764, qui interdisent au colon partiaire de sous-louer et de céder son bail, à moins que la faculté ne lui en soit expressément reconnue par contrat. Il faut ajouter les articles 1827 à 1830, qui traitent *Du cheptel donné au colon partiaire.*

602. Ce laconisme de la loi ne prouve pas que le bail à colonage partiaire fût peu usité au début du XIXe siècle. Dès cette époque, il était d'un usage très répandu dans diverses parties de la France, où il est resté, d'ailleurs, particulièrement usuel depuis lors : la Guyenne, le Bourbon-

nais, le Périgord, le Maine, la Vendée, le Limousin et l'Agenais [1].

Le laconisme de la loi ne prouve pas non plus que le législateur de 1804 ait réprouvé le bail à colonage partiaire et cherché à détourner les particuliers d'y recourir. Dès 1804, le métayage était unanimement considéré comme présentant de sérieux avantages, que le législateur n'a eu garde de méconnaître. Si le métayage prête à certaines critiques, les économistes sont d'accord pour le regarder comme étant un exemple à peu près unique d'une association équitable entre le capital et le travail, car il établit une étroite communauté d'intérêts entre le propriétaire du sol et le cultivateur [2].

L'explication du laconisme du Code civil en ce qui concerne le métayage doit être cherchée ailleurs. Au moment où le Code a été rédigé, le bail à colonage partiaire se présentait sous des formes extrêmement diverses suivant les provinces [3] ; la seule règle qui fût d'application générale était celle en vertu de laquelle les fruits sont partagés entre le propriétaire du sol et le cultivateur. Le législateur a relevé cette règle dans l'article 1763 ; pour le surplus, il a cru préférable de s'en remettre soit aux usages locaux, soit à la convention des parties, et s'est contenté d'introduire quelques prescriptions aussi simples que peu nombreuses : celles qui font l'objet des articles 1763 et 1764, 1827 à 1830.

603. Quoi qu'il en soit des raisons qui ont déterminé le législateur, on peut dire que le bail à colonage partiaire est tout juste mentionné dans le Code.

L'absence d'une réglementation plus complète a fait naître des difficultés. Pour les résoudre, les interprètes se sont naturellement efforcés de trouver un principe directeur. Ils se sont demandé quel est le véritable caractère du métayage, afin de pouvoir déduire de ce caractère du contrat le régime juridique auquel il est soumis [4].

1. Voy. Cauwès, *Cours d'économie politique*, 3e édition, I, nos 310 à 312. — Cpr. la *Réforme sociale*, année 1886, 1er semestre, p. 398 et suiv.

2. Voy. Cauwès, *loc. cit.* — Cpr. Henri Baudrillart, *Le métayage en France et son avenir*, dans la *Revue des Deux-Mondes* du 1er octobre 1885, — et Roger Merlin, *Le métayage et la participation aux bénéfices*, p. 203 et suiv.

3. Voy. Roger Merlin, *loc. cit.*, p. 27 et suiv.

4. Voy. sur ces controverses, qui ne présentent plus aujourd'hui, comme nous le verrons, qu'un intérêt rétrospectif, Laurent, *Principes*, XXV, p. 529 et suiv. — Cpr. Planiol, *Traité élémentaire*, 4e édition, II, p. 576.

Les uns [1] ont soutenu que le bail à colonage partiaire n'est pas vraiment un bail, mais une société. On a fait valoir en ce sens que le droit romain lui attribuait ce caractère [2]. On a ajouté que les travaux préparatoires semblent indiquer que le législateur de 1804 a entendu s'en tenir à cette tradition [3]. Enfin on a tiré argument de deux textes qu'on a présentés comme décisifs à cet égard : l'article 1763 et la loi du 23 août 1871. L'article 1763 est celui qui interdit au colon partiaire toute sous-location ou cession de ses droits, ce qui est contraire au droit commun du louage et conforme au droit commun des sociétés ; il existe, dit-on, une société entre le propriétaire du sol et le colon partiaire, association dans laquelle la considération de la personne a dû être déterminante, comme dans toute société [4], et c'est ce qui explique que le colon partiaire ne puisse pas se substituer un tiers contre le gré du propriétaire. Quant à la loi du 23 août 1871, qui établit des charges fiscales sur les baux en général, elle laisse en dehors de ses prescriptions le bail à colonage partiaire ; et cette mise à part du métayage est expliquée de la façon suivante par le rapporteur de la loi à l'Assemblée nationale : le métayage, dit-il, « est considéré, en doctrine comme en juris- « prudence, comme une association entre le propriétaire et « le colon [5] ».

D'autres auteurs [6] ont fait observer que l'article 1763 permet difficilement de voir dans le métayage autre chose qu'un bail. Cet article, disent-ils, figure sous la rubrique *Des règles particulières aux baux à ferme* ; il interdit au colon partiaire de sous-louer ; enfin il prévoit que la faculté de sous-louer peut lui être expressément accordée « par le bail » ; toutes expressions qui sont exclusives de l'idée d'après laquelle le colonage partiaire serait une société.

604. Pendant près d'un siècle, la controverse s'est perpétuée sur ce point, rendue d'autant plus vive que les intérêts

1. Troplong, *Louage*, II, n°s 637 et suiv. ; — cpr. Limoges 18 mai 1887, sous Cass. 21 octobre 1889, D P. 1890.I.121.

2. Fragm. 25, § 6, Dig., *Locati conducti*, XIX, 2. — Voy. sur ce point Girard, *Manuel élémentaire*, 1re édition, p. 552, note 2.

3. Voy. Fenet, XIV, p. 285, 317, 335.

4. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 57.

5. *Journal officiel* du 12 août 1871, *Débats parlementaires*, p. 2644.

6. Laurent, *Principes*, XXV, n° 477, — Demante et Colmet de Santerre, VII, n°s 213 et 213 *bis* I et II, — Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 509 et 510 : — cpr. Cass. 30 mai 1888, *France judiciaire*, 1888.II.343.

pratiques engagés dans le débat étaient à la fois nombreux et importants. Par exemple, on se demandait s'il y avait lieu d'appliquer au métayage les règles relatives à la détermination de la durée des baux [1], à la responsabilité des locataires au cas d'incendie [2], au privilège du bailleur d'immeuble [3], etc.

Finalement, le législateur est intervenu pour mettre fin à des hésitations qui étaient une source constante de difficultés dans la pratique.

Il ne s'est pas contenté de trancher les principales questions demeurées douteuses depuis 1804. Il a introduit une réglementation complète de la matière, afin de développer l'usage du bail à colonage partiaire. Et c'est ainsi qu'a pris naissance la loi du 18 juillet 1889, dont on peut dire qu'elle a fait du métayage un véritable contrat nouveau.

Aussi l'étude de ce contrat n'a-t-elle pas sa place dans la présente section, qui est consacrée au louage des choses envisagé sous les formes qui ont été prévues par le législateur de 1804 et réglementées dans le Code [4]. Elle trouvera sa place dans la section suivante, consacrée à certaines formes particulières du louage des choses qui ont été prévues et réglementées, depuis 1804, par des lois spéciales [5].

Deuxième point.

605. Les articles 1765 à 1768 ont trait à certaines obligations tant du bailleur que du preneur, qui sont spéciales aux baux à ferme.

606. La seule de ces obligations qui soit propre au bailleur est indiquée par l'article 1765 : « Si, dans un bail à ferme, on « donne aux fonds une contenance moindre ou plus grande « que celle qu'ils ont réellement, il n'y a lieu à augmenta- « tion ou diminution de prix pour le fermier que dans les cas « et suivant les règles exprimées au titre *De la vente*. »

Le bailleur doit délivrer la contenance indiquée au contrat ; le preneur, de son côté, n'a droit qu'à cette contenance. Les droits et les obligations des parties, à raison d'un déficit

1. *Suprà*, p. 347 et suiv.
2. *Ibid.*, p. 381 et suiv.
3. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 346.
4. Voy. *suprà*, p. 346.
5. *Infrà*, nos 612 et suiv.

ou d'un excédent, sont régis par les règles posées à cet égard en matière de vente [1].

607. Le preneur est tenu de plusieurs obligations particulières.

1° Il doit garnir la ferme des bestiaux et ustensiles nécessaires à l'exploitation (article 1766). Cette obligation lui est imposée pour deux raisons : pour assurer l'efficacité du privilège du bailleur [2], et comme garantie d'une bonne culture. La suffisance, comme en ce qui concerne les meubles dans le bail à loyer [3], s'appréciera eu égard non pas à un nombre plus ou moins grand de termes du fermage, mais à la destination des lieux et à la condition du fermier ; les meubles seront suffisants quand ils répondront aux besoins de l'exploitation.

2° Le preneur doit engranger dans les lieux à ce destinés d'après le bail ou d'après l'usage (article 1767). Et cela pour une double raison.

D'une part, pour assurer l'efficacité du privilège qui atteint les récoltes. Rappelons en passant que le privilège porte : sur la récolte de l'année, en quelque lieu qu'elle se trouve, — sur les autres récoltes, en tant qu'elles garnissent la ferme, c'est-à-dire à la condition qu'elles soient engrangées [4].

D'autre part, dans l'intérêt de la culture, afin que le propriétaire puisse veiller plus aisément à l'emploi des pailles. Le fermier doit les employer à la nourriture des bestiaux et à l'engrais des terres.

3° Le preneur doit avertir le bailleur des usurpations qui peuvent être commises sur le fonds (article 1768). Il est, en effet, au point de vue de la surveillance, le préposé du propriétaire, qui est, lui, nécessairement éloigné.

Troisième point.

608. Les articles 1774 à 1776 ont trait à la détermination de la durée du bail à ferme. Ils ne font qu'appliquer les règles établies quant aux baux écrits ou non écrits et à la tacite reconduction [5].

1. Voy. *suprà*, p. 117 et 118.
2. *Ibid.*, p. 433.
3. *Ibid.*, n° 592.
4. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 386 et suiv
5. *Suprà*, p. 347 et suiv.

Quatrième point.

609. Les articles 1769 à 1773 s'occupent des indemnités dues aux fermier en cas de perte des récoltes.

Le bailleur doit procurer au preneur une jouissance effective et continue de la chose louée. Le fermage dû par le preneur est le prix de cette jouissance; là où la récolte fait défaut, le fermage cesse d'être dû faute de cause. D'où cette conséquence que le fermier a droit à une réduction proportionnelle quand un cas fortuit — tel que feu, grêle, gelée, inondation — vient à le priver de la moitié au moins de la récolte, en prenant pour terme de comparaison une récolte moyenne (article 1770).

Toutefois, lorsque le bail a été fait pour plusieurs années, cette règle est modifiée à deux points de vue. D'une part, le droit à l'indemnité cesse si le fermier a trouvé une compensation dans les récoltes des années précédentes; en d'autres termes, on fait une moyenne des années du bail, et il n'y a pas lieu à indemnité si la récolte moyenne est ordinaire. D'autre part, si l'année calamiteuse n'est pas la dernière du bail, il faut attendre la fin du bail pour établir, au moyen d'une compensation de toutes les années de jouissance, si le fermier est en droit de se plaindre; de même que la perte peut être compensée par les années précédentes, de même elle peut être couverte par les années à venir (article 1769).

610. Il y a cependant des cas dans lesquels le fermier n'a droit à aucune indemnité. Ce sont les suivants :

1° Lorsque la perte se produit après que les récoltes ont été séparées de la terre (article 1771 alinéa 1). L'obligation du bailleur a été alors pleinement exécutée; les risques, depuis la perception de la récolte, sont à la charge du fermier.

2° Lorsque la cause de perte existait et était connue au moment où le bail a été passé (article 1771 alinéa 2).

3° Lorsque le preneur s'est expressément chargé des cas fortuits. L'article 1772 lui permet de le faire, mais sous une réserve, énoncée par l'article 1773.

Cinquième point.

611. Les articles 1777 et 1778 ont trait aux droits et obligations du fermier entrant et sortant. Contentons-nous de renvoyer à la lecture de ces textes [1].

1. Indépendamment des difficultés de détail auxquelles l'application des

SECTION II. — Sur certaines formes particulières du louage des choses prévues et réglementées depuis 1804 par des lois spéciales.

612. Ainsi que nous l'avons annoncé par avance [1], nous allons grouper ici les principales règles édictées par diverses lois spéciales en ce qui concerne le bail à colonage partiaire, le bail à domaine congéable, le bail à complant et le bail emphytéotique.

Les lois spéciales dont nous venons de parler ont introduit des prescriptions abondantes, dont un grand nombre sont d'ordre purement réglementaire. Nous n'insisterons pas sur celles-là, et nous concentrerons notre attention sur les quelques points qui présentent un intérêt doctrinal.

§ 1. — Le bail à colonage partiaire.

613. Nous l'avons déjà rencontré sur notre route, en nous occupant, dans la section précédente, des différentes espèces de baux à ferme [2]. Mentionné d'une manière tout à fait incidente par le Code de 1804, le bail à colonage partiaire a été réglementé par la loi du 18 juillet 1889, qui est un fragment du Code rural [3] et dont il nous faut exposer l'économie générale [4].

614. La théorie juridique du métayage peut être résumée dans les trois propositions suivantes.

I. *Le métayage est un contrat consensuel.*

615. Avant la loi de 1889, la question était discutée de

articles 1777 et 1778 a donné naissance dans la pratique, des discussions intéressantes se sont élevées parmi les économistes et au sein des Chambres sur les droits qu'il convient de reconnaître au fermier sortant. Voy. sur ce point Bourguin, *De l'indemnité de plus value au fermier sortant*, dans la *Revue politique et parlementaire* de février 1900.

1. *Suprà*, p. 346.
2. *Ibid.*, nos 599 et suiv.
3. *Ibid*, p. 179, note 2.
4. La loi du 18 juillet 1889 emploie l'expression bail à *colonat* partiaire. L'expression est incorrecte et devrait être remplacée par celle de *colonage* partiaire. En effet, le mot colonat a une signification traditionnelle : il désigne une condition des personnes intermédiaire entre l'esclavage et la liberté. Voy. Planiol, *Traité élémentaire*, 4e édition, II, p. 576, note 2. — Cpr. *Le Dictionnaire* de Littré, vis *Colonat* et *Colonage*.

savoir si la règle en vertu de laquelle le bail ne peut pas être prouvé par témoins quand il n'a pas encore reçu d'exécution, même s'il existe un commencement de preuve par écrit [1], était applicable au bail à colonage partiaire. Les auteurs qui considéraient le colonage partiaire comme un bail appliquaient les règles consacrées par les articles 1715 et 1716 ; ceux qui le considéraient comme une société appliquaient l'article 1834 [2], lequel ne fait que consacrer le principe général des articles 1341 à 1347 [3].

Que décider depuis la loi de 1889 ? Comme cette loi énumère les articles du titre *Du louage* qui sont applicables au métayage, et comme les articles 1715 et 1716 ne figurent pas dans l'énumération, la doctrine admet généralement que le droit commun de la preuve reste applicable au métayage, et que, par conséquent, l'existence d'un bail à colonage partiaire peut être prouvé par témoins, soit au-dessous de cent cinquante francs, soit même au-dessus de ce chiffre s'il existe un commencement de preuve par écrit [4]. Toutefois la jurisprudence paraît fixée en sens contraire [5].

II. *Le métayage est un contrat synallagmatique.*

616. Nous allons envisager les obligations qu'il fait naître à la charge du propriétaire et du métayer.

I. OBLIGATIONS DU PROPRIÉTAIRE.

1° Le propriétaire, bailleur à colonage partiaire, doit procurer au preneur la jouissance du fonds et garantir le colon contre tout trouble dans sa jouissance. Il est tenu, dit l'article 3 de la loi de 1889, à la délivrance et à la garantie des objets compris au bail.

2° Le propriétaire est tenu de faire aux bâtiments toutes les réparations qui pourraient devenir nécessaires. Exception est faite seulement pour les réparations locatives, ou de menu

1. *Suprà*, p. 357 et suiv.
2. *Ibid.*, n°s 603 et 604.
3. *Les contrats et les obligations*, p. 640 et suiv.
4. Guillouard, *Louage*, 3e édition, II, n° 633 VII *bis*. — Planiol, *op. cit.*, 4e édition, II, n° 1787, p. 577 ; — *Secus*, Huc, X, n° 359, p. 493.
5. Cass. 28 juin 1892, D. P. 1892. I. 407, Sir. 1892. I. 417. — Alger 7 février 1895, D. P. 1895. II. 488, Sir. 1895. II. 488.

entretien, qui restent à la charge du colon, à moins de stipulation ou d'usage contraire (article 3)[1].

3° Le propriétaire doit acquitter l'impôt foncier, à moins que la convention ou l'usage local ne décide autrement, ce qui arrive souvent en fait[2].

II. OBLIGATIONS DU COLON OU MÉTAYER.

1° Il doit acquitter sa redevance, autrement dit partager avec le bailleur les fruits et les produits du fonds, dans la proportion fixée tant par la loi que par la convention ou l'usage. A défaut de convention ou d'usage contraire, les fruits ou produits se partagent, aux termes de l'article 2, par moitié[3].

Outre sa part des fruits ou produits, le propriétaire stipule souvent le paiement par le colon d'une redevance en argent appelée prestation colonique[4]. La loi de 1889 est muette à cet égard.

Ajoutons que l'article 10 accorde au bailleur le privilège de l'article 2102-1° sur les meubles, effets, bestiaux et portions de récoltes appartenant au colon, pour le paiement de tout ce qui concerne l'exécution du bail[5].

2° Aux termes de l'article 4, le colon « est tenu d'user de « la chose en bon père de famille en suivant la destination « qui lui a été donnée par le bail ». Ce texte reproduit l'article 1728-1°, sauf qu'il supprime le membre de phrase : « ou « suivant celle présumée d'après les circonstances »[6]; cette suppression même indique que le législateur a entendu

1. Guillouard, *op. cit.*, 3e édition, II, n° 633 XII, — Planiol, *op. cit.*, 4e édition, II, n° 1789, p. 577.

2. Guillouard, *loc. cit.*, n° 633 IX, — Planiol, *loc. cit*, n° 1789, p. 578.

3. Sur les raisons qui font varier la quote-part de fruits due par le métayer, voy. de Gasparin, *Le métayage*, p. 36, — de Tourdonnet, *Traité pratique du métayage*, p. 175 et suiv., — et la notice de M. Héron de Villefosse sur la loi du 18 juillet 1889, dans l'*Annuaire de législation française* publié par la *Société de législation comparée*, année 1890, p. 219.

4. Planiol, *op. cit.*, 4e édition, II, n° 1792, p. 578. — On décide généralement que le métayer doit payer la prestation colonique même dans le cas où les récoltes auraient totalement manqué par cas fortuit. Voy. Guillouard, *loc. cit.*, n° 624.

5. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 346 et 386, — Guillouard, *loc. cit.*, n° 633 XX, — Planiol, *loc. cit.*, n° 1793, p. 579. — Les restrictions apportées par la loi du 19 février 1889 au privilège du bailleur d'un fonds rural (*suprà*, p. 372 et suiv.), ne s'appliquent pas au contrat de colonage partiaire. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 373, note 1.

6. *Suprà*, p. 381.

rendre les obligations du colon partiaire plus étroites que celles du fermier ordinaire [1].

3° L'article 4 met à la charge du colon partiaire les obligations imposées au fermier par les articles 1730, 1731 et 1768 du Code civil : obligations de dresser un état des lieux, et d'avertir le propriétaire des usurpations qui pourraient être commises sur le fonds [2].

4° L'article 4 alinéa 2 dispose que le colon répond de l'incendie, des dégradations et des pertes arrivées pendant la durée du bail, à moins qu'il ne prouve qu'il a veillé à la garde et à la conservation de la chose en bon père de famille. Dès lors, le colon se trouve soumis à cet égard au droit commun de la responsabilité contractuelle et échappe à l'application des règles spéciales qui sont édictées par l'article 1733 [3].

Avant la loi de 1889, la responsabilité du colon partiaire en cas d'incendie était matière à controverse dans la doctrine et dans la jurisprudence. On écartait ou on appliquait l'article 1733, suivant qu'on assimilait le métayage à un bail ou à une société [4].

La loi de 1889 éteint la controverse, sans consacrer aucune des deux solutions naguère en présence. La responsabilité qu'elle impose au colon est moins lourde que la responsabilité imposée par l'article 1733 [5]. Cela s'explique par cette considération que le propriétaire conserve un droit de surveillance sur le fonds baillé à colonage partiaire, tandis qu'il ne possède aucun moyen de veiller à la conservation du fonds qui a fait l'objet d'un bail à ferme ordinaire [6].

5° Aux termes de l'article 4 alinéa 3, le colon doit se servir des bâtiments d'exploitation qui existent dans le fonds qui lui est confié, et résider dans ceux qui sont affectés à l'habitation. Le législateur, en imposant au colon cette double obligation, a voulu assurer la conservation et l'entretien

1. De Villefosse, *loc. cit.*, p. 221, — Guillouard, *op. cit.*, II, n° 638 XIII.
2. *Suprà*, p. 380 et 381.
3. *Ibid.*, p. 382 et suiv.
4. *Ibid.*, n°s 603 et 604.
5 Toulouse 20 mars 1894, D. P. 1895.II.318. — Orléans 13 août 1897, D. P. 1899.II.292 — Cpr. Guillouard. *op. cit.*, 3e édition, II, n° 633 XVII, — Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° *Louage à colonage partiaire* n° 14.
6. De Villefosse, *loc cit.*, p. 221, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e édition, I, n° 1005 ; — Orléans 13 août 1897, D. P. 1899.II.292. — Cpr. *suprà*, n° 545.

des bâtiments, puis assurer éventuellement au propriétaire l'exercice de son privilège sur les meubles garnissant la ferme [1].

6° Le colon, sauf convention ou usage contraire, doit faire les réparations locatives ou de menu entretien qui ne sont rendues nécessaires ni par la vétusté, ni par la force majeure (article 3) [2].

7° Le colon doit continuer lui-même l'exploitation du fonds jusqu'à l'expiration du bail, sans pouvoir ni sous-louer, ni céder son droit, à moins que la faculté ne lui en ait été expressément reconnue par le bail (article 1763).

Si le colon sous-loue ou cède son bail sans avoir reçu la faculté de le faire, le propriétaire a le droit de rentrer en jouissance, et le colon est condamné aux dommages-intérêts résultant de l'inexécution du bail (article 1764). Cette règle se justifie par cette idée que la considération de la personne du colon a une importance décisive dans un contrat comme le métayage ; l'habileté, la moralité et la solvabilité du colon entrent nécessairement en ligne de compte dans le contrat que le propriétaire passe avec lui [3].

8° Le colon est obligé de subir l'exercice par le propriétaire des diverses prérogatives qui appartiennent à celui-ci. D'une part, le propriétaire a le droit de surveiller les travaux et de diriger l'exploitation, en ce qui concerne soit le mode de culture, soit l'achat et la vente des bestiaux [4] ; l'étendue des droits du propriétaire à cet égard est déterminé par la convention ou par l'usage (article 5). D'autre part, le propriétaire est investi des droits de chasse et de pêche (article 5 alinéa 2).

III. OBLIGATION COMMUNE DU PROPRIÉTAIRE ET DU COLON.

L'article 11 oblige le propriétaire et le colon à procéder chaque année à un règlement de comptes. Cette règle se justifie d'elle-même ; les deux parties ont également inté-

1. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 346.
2. *Suprà*, p. 368 et 380.
3. Rappelons en passant que l'article 1763 fournissait, antérieurement à 1889, un argument très fort à l'appui de la thèse d'après laquelle le métayage constituait non pas un louage, mais une société : *supra*, n° 603.
4. Planiol, *op. cit.*, 4e édition, II, n° 1790, p. 578. — Voy. trib. de Bourganeuf 3 août 1894, D. P. 1899.II.375.

rêt à ce que les comptes de l'exploitation soient fréquemment apurés.

Le même article, prévoyant l'hypothèse où un différend s'élèverait entre les parties à propos des comptes, organise une procédure simple et économique pour trancher le différend [1].

III. *Le métayage est un contrat temporaire* [2].

617. Dans la plupart des cas, la durée du bail est fixée par la convention.

Dans le cas contraire, les articles 1774 et 1776 [3] ne sont

1. Voy., sur les détails d'application de l'article 11, Guillouard, *op. cit.*, 3e édition, II, n° 663 XXIII, — Planiol, *op. cit.*, 4e édition, II, n° 1794, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e édition II, n° 1585.

Les litiges relatifs aux règlements de comptes entre le propriétaire et le colon doivent être portés devant le tribunal de la situation de l'immeuble : Limoges 30 avril 1894, D. P. 1895.II.293, — Agen 24 mars 1904, D.P. 1904.II. 296.

2. Le métayage, étant un contrat temporaire, ne doit pas être confondu avec le louage à colonage perpétuel de l'ancien droit, qui se rencontre encore de nos jours dans la Marche et dans le Limousin. Le bail à colonage perpétuel est un contrat par lequel le propriétaire d'un fonds en concède la jouissance à un particulier, pour lui et ses descendants à perpétuité, sous la condition d'un partage de fruits. Présentons, en ce qui le concerne, les observations suivantes.

1° Il ne transfère au preneur aucun droit réel sur le fonds : Troplong, *Louage*, I, n° 56, — Aubry et Rau, 4e édition, II, p. 642, notes 13 et 14, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, 2e édition, II, n° 1525 ; — Limoges 22 avril 1839. Dalloz, *Répertoire*, v° *Louage à colonage perpétuel*. n° 2.

2° Le preneur ne peut céder son droit sans le consentement du propriétaire : Dalloz, *Répertoire*, *loc. cit.*

3° Le bail à colonage perpétuel n'ayant aucun caractère féodal, l'abolition des droits féodaux n'a pu attribuer au colon la propriété du domaine : Limoges 24 juillet 1811, Dalloz, *Répertoire*, v° *Louage à colonage perpétuel*, n° 3, — et v° *Propriété féodale*, n° 281.

4° Le preneur ne peut racheter les prestations qu'il doit payer en vertu du contrat, car les lois qui ont affranchi la propriété foncière des rentes perpétuelles qui la grevaient (loi des 18-29 décembre 1790, loi du 2 prairial an II, article 530 C civ.) ne sont pas applicables à notre bail : Cass. 23 décembre 1861, D. P. 1863. I. 173.

5° Le bail à colonage perpétuel ne doit pas être confondu avec le bail héréditaire, pratiqué spécialement en Alsace, et qui n'est pas sans analogie avec lui. En vertu de ce contrat, le propriétaire d'un bien rural l'afferme au profit du preneur et de ses descendants mâles en ligne directe. C'est un bail perpétuel, dont la redevance doit être traitée comme une rente foncière, et est par conséquent toujours rachetable. Guillouard, *Louage*, 3e édition, I, n° 39, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, n° 1202 ; — Cass. 16 juin 1852, D. P. 1852. I. n° 285. — *Secus*, Aubry et Rau, 4e édition, II, § 224, texte et note 15, p. 642.

3. *Suprà*, p. 347 et suiv.

pas applicables (article 13) [1]. Par conséquent, le propriétaire a le droit de congédier le colon, sans se préoccuper de lui ménager le temps nécessaire pour pouvoir recueillir tous les fruits de l'immeuble affermé [2].

618 Tant que le métayage n'a pas pris fin, les parties restent liées. Toutefois leur position respective se trouve modifiée dans les trois hypothèses suivantes.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE.

619. Elle est prévue par l'article 8. Pendant la durée du bail, les objets qui y sont compris sont détruits en totalité ou en partie.

S'agit-il d'une destruction totale, le bail est résilié de plein droit.

S'agit-il d'une destruction partielle, le propriétaire peut se refuser à faire les réparations et dépenses nécessaires pour remplacer ou rétablir les objets détruits, alors même que le colon lui demanderait de le faire. Le propriétaire et le colon peuvent l'un et l'autre demander la résiliation. Si elle est prononcée à la requête du propriétaire et si les parties ne sont pas d'accord sur le montant de l'indemnité due au colon, cette indemnité sera fixée par le juge conformément à l'alinéa 2 de l'article 7, c'est-à-dire en tenant compte du profit que le colon aurait pu retirer de son exploitation pendant le temps qui restait encore à courir.

620. Telles sont les règles consacrées par l'article 8. Il est facile de voir que ces règles constituent une double dérogation au droit commun du louage. D'une part, l'article 1722 donne au preneur ordinaire, en cas de perte partielle de la chose louée, le droit de demander la résiliation ou la diminution du loyer [3]; le colon partiaire, au contraire, ne peut opter, d'après l'article 8, qu'entre la résiliation et la continuation

1. Voy. Guillouard, *op. cit.*, II, n° 633 XXX, — Planiol, *op. cit.*, n° 1797 : — Cass. 3 mars 1902. D. P. 1903. I. 182.

2. Sur les raisons qui ont fait écarter l'application des articles 1774 et 1776, voy. de Villefosse, *loc cit.*, p. 226-227. Aucune de ces raisons ne paraissent vraiment déterminantes.

Les baux à colonage partiaire faits sans écrit, ou renouvelés par tacite reconduction, sont considérés comme consentis pour une durée indéterminée. Ils prennent fin par la volonté de chacune des parties, pourvu que la partie donnant congé le fasse dans les délais établis par l'usage des lieux. Voy. Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e édition, II, n° 1426.

3. *Suprà*, p. 369.

du bail ; il ne saurait être question d'une diminution du prix, puisque les profits et les pertes dans le métayage sont communs aux deux parties [1]. D'autre part, l'article 1722 ne reconnaît qu'au fermier le droit de demander la résiliation [2]; au contraire, les deux parties possèdent ce droit dans le métayage, et il ne saurait en être autrement, puisque ce sont, en quelque sorte, deux associés ne pouvant pas être traités autrement l'un que l'autre.

621. Notons enfin que l'article 9 prévoit l'hypothèse de la destruction totale ou partielle non pas des objets contenus dans le bail, mais des récoltes produites. Dans ce cas, le colon ne peut réclamer aucune indemnité au bailleur ; chacune des parties, dit l'article 9, « supporte sa part correspondante « dans la perte commune ». Il est à remarquer que le sort du fermier ordinaire est tout à fait différent à cet égard (articles 1769 à 1771) [3].

DEUXIÈME HYPOTHÈSE.

622. Elle est prévue par l'article 6. Pendant la durée du bail, le propriétaire ou le colon vient à mourir.

La mort du bailleur est sans conséquence. Elle ne résout pas le bail, dit l alinéa 1 de l'article 6.

Au contraire, le bail est résolu, dit l'alinéa 2, par la mort du colon ; toutefois, la jouissance des héritiers du colon continue jusqu'à l'époque consacrée par l'usage des lieux pour l'expiration des baux annuels. On comprend aisément que la mort du colon fasse cesser le bail ; la principale considération qui dicte le choix d'un colon est son aptitude personnelle ; d'autre part, la loi, qui interdit au colon de sous-louer et de céder son bail, ne pouvait pas lui permettre d'en transmettre le bénéfice à des héritiers sans le consentement du propriétaire. Par contre, il aurait été préjudiciable aux intérêts communs du propriétaire et des héritiers du colon que toute jouissance fût refusée à ceux-ci ; tous trouvent avantage, sans qu'il y ait péril pour le propriétaire, à ce que les héritiers restent en jouissance pendant un certain temps.

1. De Villefosse, *loc. cit.*, p. 224.
2. *Suprà*, n° 520.
3. *Ibid.*, n°s 609 et 610.

TROISIÈME HYPOTHÈSE.

623. En principe, la vente du fonds à un tiers, pendant la durée du bail, ne met pas fin au métayage. Mais il est loisible aux parties de stipuler que l'acquéreur du fonds pourra donner congé au colon. Dans cette hypothèse, prévue par l'article 7 alinéa 1, le colonage partiaire prend fin, avant le terme fixé pour sa durée, par l'effet du congé donné par l'acquéreur. Les clauses de ce genre sont usuelles ; ce qui s'explique aisément par cette considération que le métayage est un mode d'exploitation qui ne convient pas à tout le monde et dont il serait fâcheux d'imposer le maintien à l'acquéreur.

Aux termes de l'article 7 alinéa 1, l'acquéreur doit, s'il veut user du droit de donner congé, se conformer à l'usage des lieux pour les délais. Il n'est pas soumis à l'obligation d'avertir le preneur au moins un an à l'avance, comme c'est la règle lorsqu'il s'agit d'un bail à ferme ordinaire [1].

624. Telles sont les trois hypothèses dans lesquelles le métayage prend fin avant l'expiration du terme fixé.

Qu'il prenne fin par la mort du colon ou par l'effet d'un congé donné conformément à l'article 7 alinéa 1, il peut y avoir lieu pour le propriétaire de payer certaines indemnités soit au colon, soit à ceux qui le représentent. L'alinéa 2 de l'article 7 décide que le colon doit être indemnisé de ses impenses jusqu'à concurrence du profit qu'il aurait pu en retirer pendant la durée de son bail [2].

Il n'était pas possible d'appliquer ici la règle posée par l'article 1746 en ce qui concerne le bail à ferme ordinaire, règle en vertu de laquelle le fermier, au cas de congé donné par l'acquéreur, doit recevoir à titre d'indemnité le tiers du prix du bail pendant tout le temps qui restait à courir [3] ; en effet, dans le métayage, il n'existe pas de prix stipulé.

625. Voilà quel est le régime établi par la loi du 18 juillet 1889 pour le colonage partiaire.

Il ne nous reste plus à présenter, à cet égard, que trois observations complémentaires.

1. *Suprà*, n° 569.
2. L'article 7 alinéa 2 *in fine* dit : « la résiliation en cas de vente est régie « au surplus par les articles 1743, 1749, 1750 et 1751 du Code civil. »
3. *Suprà*, n° 570.

Première observation.

Nous avons indiqué précédemment [1] que les interprètes du Code civil, antérieurement à 1889, étaient en désaccord sur le point de savoir si le métayage devait être considéré comme un louage ou comme une société. La loi de 1889 a été faite pour couper court aux controverses qui se perpétuaient sur ce point [2]. Mais la loi nouvelle n'a pas tranché la question de principe discutée depuis 1804. Le législateur de 1889 a édifié une réglementation complète du métayage en se plaçant à un point de vue utilitaire, sans se préoccuper de rattacher les règles qu'il posait soit aux principes qui régissent la matière du louage, soit aux principes qui régissent la matière des sociétés. L'usage fréquent qu'il fait des mots « bail, bail- « leur, preneur », paraît indiquer qu'il a considéré le métayage comme un louage ; mais il a consacré des règles qui semblent marquer qu'il a entendu rattacher le métayage au régime des sociétés ; en définitive, il a fait du bail à colonage partiaire un contrat *sui generis*, ayant sa nature et sa réglementation propres [3].

Cette manière de procéder n'est pas, d'ailleurs, exempte d'inconvénients. L'abondance et la précision des règles posées par la loi de 1889 donnent à penser qu'il est désormais superflu de se préoccuper des controverses anciennes. Mais il n'y a guère d'exemple qu'une loi ait prévu sur une matière toutes les hypothèses de fait et toutes les conjonctures de droit pouvant se présenter ; il est inévitable que des questions imprévues surgissent tôt ou tard, pour la solution desquelles il faudra revenir à se demander si le métayage est une variété du louage ou de la société.

Ainsi la jurisprudence a déjà été appelée à statuer sur la question de savoir si les articles 1715 et 1716 sont applicables au métayage, ce qui revient à demander s'il constitue un louage ; et nous avons déjà dit qu'elle s'est prononcée en ce sens [4]. A un autre point de vue, la jurisprudence a

1. *Suprà*, n° 603.
2. *Ibid.*, n° 604.
3. Voy. Planiol, *op.cit.*, 4e édition, II, n° 1786, p. 577.— D'après certains auteurs, le contrat de colonage partiaire reste, après comme avant la loi de 1889, un véritable contrat de louage : Guillouard, *Louage*, 3e édition, II, n° 633 III *bis*, — Baudry-Lacantinerie et Wahl. 2e édition, II, n° 1436.
4. *Suprà*, n° 615.

assimilé le métayage à une société, en décidant que les principes de la société doivent être appliqués pour le règlement des comptes entre les parties et des indemnités qu'elles peuvent se devoir l'une à l'autre [1]. D'autres questions se poseront, par exemple celle de savoir si la survenance d'un dissentiment grave entre les parties est une cause de résilation du métayage comme elle en est une de la société (article 1871).

En somme, le législateur de 1889 a tourné la difficulté, il ne l'a pas fait disparaître.

Deuxième observation.

L'article 12 de la loi de 1889 établit une prescription spéciale pour les actions résultant des baux à colonage partiaire. Elles se prescrivent par cinq années. Le point de départ du délai est le jour de la sortie du colon, plus généralement le jour où le bail prend fin.

Dans les baux à ferme ordinaires, la prescription, qui est de trente ans conformément au droit commun, a pour point de départ le jour d'échéance de chacun des termes.

Troisième observation.

Pour éviter toute méprise, il est bon d'observer que la loi de 1889 ne contient aucune règle spéciale relative à la nature du droit du preneur dans le bail à colonage partiaire. Ce droit reste donc un droit personnel, conformément au droit commun [2]. Le colon ne possède aucune espèce de droit réel sur le fonds baillé à colonage partiaire [3].

§ 2. — Le bail à domaine congéable.

626. Le bail à domaine congéable, ou bail à convenant, est une forme particulière du bail à ferme, qu'une tradition très ancienne a introduite en Bretagne et qui s'y est conservée jusqu'à nos jours.

Nous le trouvons usité dès le XII[e] siècle. Il a traversé la période révolutionnaire avec certaines vicissitudes, et a été réglementé en particulier par la loi des 7 juin-6 août 1791 [4].

1. Limoges 30 avril 1894, D. P. 1895.II.293, — Agen 24 mars 1904, D. P. 1904.II.296.
2. *Suprà*, p. 409 et suiv.
3. Nous avons vu qu'il en est de même dans le bail à colonage perpétuel : *suprà*, p. 447, note 2.
4. *Infrà*, n° 630. — Sur l'histoire du bail à domaine congéable pendant la

Il est présentement régi par la loi du 8 février 1897[1], que nous avons eu l'occasion de signaler déjà à propos de la théorie des privilèges spéciaux sur les immeubles[2].

627. La physionomie générale du contrat est la suivante. *Primus*, propriétaire d'un fonds de terre, passe avec *Secundus* un bail à domaine congéable relativement à ce fonds. Par l'effet du contrat, *Secundus* se trouve investi de la jouissance du sol et de la propriété, du *dominium* des édifices et superfices existant sur le sol : constructions, arbres à fruits, etc. C'est précisément la raison pour laquelle il est appelé « domanier ». Il aura, de même, la propriété de tous les édifices et superfices qu'il élèvera sur le sol pendant la durée de sa jouissance.

Quant à *Primus*, il ne conserve que la propriété toute nue du sol, du fonds, et c'est la raison pour laquelle il est appelé « foncier ». Le domanier paye au foncier une redevance annuelle minime, appelée rente ou redevance convenancière, autrement dite rente convenue, à laquelle s'ajoutent ordinairement certaines redevances en nature, telles que blé, beurre, volailles, etc.[3].

628. La situation respective des parties, étant ainsi déterminée par l'effet du contrat, peut être modifiée soit par la volonté du foncier, soit par celle du domanier.

629. **Le foncier** est autorisé à faire cesser le bail et à reprendre le fonds en congédiant le domanier. Cette faculté s'appelle le droit de congédiement ou congément. Par l'effet du congément, le foncier ressaisit non seulement le sol dont il avait conservé la propriété, mais encore tous les édifices ou superfices qui se trouvent sur le sol, sans distinction entre ceux qui existaient avant l'entrée en jouissance du domanier et ceux qui ont été élevés par ce dernier. Aussi l'équité exige-t-elle que le congément ne puisse être exercé par le foncier

période révolutionnaire, voy. Chénon, *Les démembrements de la propriété foncière avant et après la Révolution*, p. 112, 122, 134, — et Robert Beudant, *La transformation juridique de la propriété foncière dans le droit intermédiaire*, p. 309, 338, 343.

1. La loi du 8 février 1897 a été promulguée après l'expiration des délais réglementaires : *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 638. — On lui donne parfois la date du 26 novembre 1896, qui est celle du jour où elle a été adoptée définitivement par les Chambres.— Sur la date des lois, voy. *Introduction, explication du titre préliminaire du Code civil*, p. 103 et suiv.

2. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 17.

3. Planiol, *op. cit.*, 4e édition, II, n° 1805, p. 581.

qu'à la charge par lui de payer au domanier la valeur de tous les travaux faits, de toutes les constructions élevées par celui-ci ; c'est ce qu'on exprime en disant que le foncier doit payer au domanier « ses droits édificiaires, réparatoires ou « convenanciers ».

Le droit de congément peut, en principe, être exercé par le foncier à toute époque. Il constitue manifestement un danger grave pour le domanier ; car le foncier exercera ce droit lorsqu'il croira avoir avantage à rentrer en possession du fonds, c'est-à-dire au moment où le domanier aurait avantage à rester en possession de ce fonds. Aussi, les usages locaux ont-ils, depuis longtemps, introduit certaines règles restrictives en ce qui concerne les époques auxquelles le droit de congément peut être exercé. D'autre part, il n'y a guère de baux à domaine congéable qui ne contiennent des clauses expresses à cet égard. Le preneur se garantit contre l'éventualité du congément et s'assure une jouissance d'une durée déterminée, en se faisant consentir par le foncier ce qu'on appelle « une baillée d'assurance », baillée pendant laquelle le congément ne peut avoir lieu. Il est même d'usage que le domanier, lorsqu'il obtient du foncier le bénéfice d'une semblable baillée, ou le renouvellement d'une baillée venue à expiration, lui paye, sous le nom de commission ou nouveauté, une indemnité qu'un auteur appelle « une sorte « de pot-de-vin [1] ».

630. Le domanier, de son côté, peut se dégager, s'il le désire, des liens du contrat. Cette faculté ne lui a pas été accordée de la même manière à toutes les époques. Et il est indispensable, pour l'intelligence du droit actuel, de retracer l'évolution du droit antérieur.

Dans l'ancien droit, le domanier pouvait se dégager à toute époque quelconque ; il pouvait déguerpir, ou, comme on disait, « faire exponse ». L'exponse emportait de sa part un double abandon : abandon de la jouissance du sol, puis abandon de la propriété des édifices et superfices antérieurs ou postérieurs à la conclusion du bail, le tout sans aucune indemnité de la part du foncier. Dans ces conditions, il était extrêmement difficile au domanier de reprendre sa liberté, puisqu'il ne pouvait la reprendre qu'à la condition de s'impo-

1. Planiol, *op. cit.*, 4e édition, II, n° 1805, p. 581.

ser à lui-même un dépouillement absolu. Il restait donc sur le fonds et subissait, pour y rester, les majorations de redevances qu'il plaisait au foncier de lui imposer lors du renouvellement des baillées. En réalité, le domanier pouvait être congédié par le foncier, sans avoir vraiment la possibilité de se détacher de lui.

Le législateur de l'époque révolutionnaire a voulu relever le domanier de cette infériorité. La loi des 7 juin-6 août 1791 accorde au domanier (article 11), à l'expiration des baillées, le droit de congément, c'est-à-dire le droit de se dégager en se faisant rembourser par le foncier la valeur des édifices et superfices élevés sur le fonds depuis la conclusion du bail.

Mais la tradition de l'ancien droit fut plus forte que la loi de 1791. L'usage s'établit d'introduire dans les baux à domaine congéable une clause, qui devint de style, aux termes de laquelle le domanier déclarait renoncer au droit de congément organisé à son profit par la loi de 1791.

Le domanier restait donc lié à la terre.

Or il advint, pendant le dernier tiers du XIX[e] siècle, que la crise de l'industrie agricole rendit cette situation précaire du domanier vraiment intolérable ; soumis à des redevances dont le montant avait été fixé à des époques de plus grande prospérité, il ne pouvait se dégager. Aussi le législateur a-t-il pris le parti d'intervenir. La loi du 8 février 1897 a été faite surtout pour ouvrir, en quelque sorte, une porte de sortie au domanier.

Aux termes de l'article 1, le domanier, malgré toute renonciation au droit de congément, peut « faire exponse « dans les formes et aux époques prescrites pour le congé- « ment ». Cela revient à dire qu'il peut se dégager en exigeant du foncier une indemnité pour les édifices et superfices. L'exponse de l'ancien droit ne donnait ouverture à aucune indemnité ; le droit de congément exercé par le domanier par application de la loi de 1791 donnait ouverture à indemnité à son profit ; l'exponse de la loi de 1897 porte le même nom que l'exponse de l'ancien droit, mais présente les caractères du congément de la loi de 1791 ; ce n'est plus une exponse à titre gratuit, mais, pourrait-on dire, à titre onéreux.

Les articles 2 et suivants posent des règles minutieuses sur la détermination du montant de l'indemnité due par le foncier au domanier qui fait exponse. Indiquons seulement

le principe : aux termes de l'article 2, l'indemnité est égale « à la plus-value procurée à l'immeuble par l'existence des « édifices et superfices ».

Ajoutons que le foncier, aux termes de l'article 10, peut écarter la demande d'exponse du domanier « en concédant « pour six ans au moins une baillée dont la redevance ou la « commission seront fixées par voie d'expertise ».

Enfin rappelons que la créance du domanier ayant fait exponse est garantie, aux termes de l'article 5, par un privilège portant sur les édifices et superfices, et en cas d'insuffisance sur le fonds lui-même [1].

631. Telle est l'économie générale des règles relatives au domaine congéable. Nous allons en compléter l'exposé sommaire en ajoutant deux observations, la première d'ordre juridique, la seconde d'ordre économique.

PREMIÈRE OBSERVATION.

Etant donné ce que nous avons dit des effets du bail à domaine congéable, il apparaît que ce bail, en dépit de son nom, ne constitue pas exclusivement un louage. Le domanier est un locataire en ce qui concerne le sol, il est un véritable acheteur en ce qui concerne les édifices existant au moment du contrat [2]. La vente des édifices et superfices au domanier présente même ce caractère particulier qu'elle est faite avec faculté de rachat pour le foncier [3]; l'exercice du droit de congément n'est pas autre chose que l'exercice du réméré [4].

1. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 17 et 74.
2. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, 2e édition, II, n° 1467.
3. *Suprà*, p. 230 et suiv.
4. Du moment que le domanier est un véritable acheteur à réméré des édifices et superfices existant au moment du contrat, il peut consentir des hypothèques sur ces édifices et superfices. En effet, l'acheteur à réméré devient propriétaire sous condition résolutoire ; or il est de principe (*suprà*, n° 324) qu'un propriétaire sous condition résolutoire peut consentir sur sa chose des droits réels affectés de la même condition que son droit de propriété.

Quant au foncier, du moment qu'il est vendeur à réméré des édifices et superfices, il en est propriétaire sous condition suspensive (*suprà*, n° 325) ; d'où l'on est tenté de conclure (voy. *suprà*. *loc. cit.*) qu'il peut consentir des hypothèques affectées de la même modalité (article 2125, voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 274). Mais il ne faut pas perdre de vue l'article 9 de la loi des 7 juin-6 août 1791, aux termes duquel les édifices et superfices sont des meubles au regard du foncier, et des immeubles au regard de toutes autres personnes (voy. Dalloz, *Répertoire*, v° *Louage à domaine congéable*, p. 528) : d'où il résulte que la faculté d'hypothéquer les édifices et superfices échappe au foncier, les immeubles seuls étant susceptibles d'hypothèque.

D'autre part, depuis les lois de 1791 et de 1897, le foncier est tenu de racheter les édifices et superfices au domanier, lorsque celui-ci juge à propos de se dégager des liens du contrat en exerçant le droit que la loi de 1791 appelle droit de congément et que la loi de 1897 appelle droit d'exponse. Le rachat se fait pour un prix égal à la plus-value procurée au fonds par le domanier [1].

SECONDE OBSERVATION.

Les indications qui viennent d'être fournies sur le bail à domaine congéable suffisent à faire comprendre quelle est la fonction économique spéciale de cette forme particulière du bail à ferme. Elle convient particulièrement aux terres en friche à mettre en culture. Le domanier prend volontiers à bail une terre inculte, lorsque la redevance qu'il s'engage à payer est minime ; et il est incité à faire tous ses efforts pour mettre le fonds en culture, pour en augmenter le rendement, pour le garnir de tous les édifices et superfices nécessaires, lorsqu'il possède la certitude qu'il lui sera tenu compte, en cas de congément par le foncier ou d'exponse par lui-même, de la plus-value procurée au fonds. Le propriétaire, de son côté, donne volontiers sa terre à bail pour une somme modique, puisqu'il a la perspective de pouvoir élever le montant de la redevance au fur et à mesure que la productivité du sol ira croissant. Le domanier et le foncier trouvent donc tous deux avantage à la combinaison ; ils sont intéressés l'un et l'autre à l'amélioration du sol, et l'on peut dire que le domaine congéable est un mode d'association bien conçu du capital et du travail dans les entreprises de défrichement des terres incultes [2].

Aussi n'est-il pas étonnant que le bail à domaine congéable ait pris naissance dans une province française où la quantité des terres à mettre en culture a toujours été considérable. Il se présente à nous, dans l'ancienne France, comme une tenure essentiellement bretonne ; et, de nos jours encore, il est exclusivement usité dans les trois départements du Finistère, du Morbihan et des Côtes-du-Nord. Rien ne s'oppose, du reste, soit en fait, soit en droit, à ce que la pratique du domaine congéable dépasse ces frontières tradition-

1. *Suprà*, n° 630.
2. Planiol, *op. cit.*, 4e édition, II, n° 1808, p. 581. — Cpr. *suprà*, n° 602.

nelles [1] ; et il n'est pas sans intérêt d'observer qu'un pareil contrat pourrait offrir de sérieux avantages pour la mise en valeur des vastes territoires incultes de nos possessions coloniales.

632. Dans l'état actuel des choses, le bail à domaine congéable présente un intérêt pratique trop limité pour qu'il paraisse utile d'insister davantage. Il suffit d'avoir relevé les principales idées doctrinales qui le concernent ; et nous renvoyons, pour la réglementation des détails, aux traités spéciaux [2].

§ 3. — Le bail à complant.

633. Le bail à complant est une variété du métayage. On nomme ainsi le contrat aux termes duquel un bailleur cède la jouissance de son terrain à un colon, moyennant l'engagement pris par celui-ci de planter le terrain en vignes, et à charge par lui de donner chaque année au bailleur une portion déterminée de la récolte [3].

Le bail à complant est encore usité dans certaines parties de la France [4]. Il n'est pas sans intérêt, au point de vue doctrinal, de relever certaines des règles qui régissent ce contrat.

634. La question la plus intéressante, en ce qui concerne ce bail, est de savoir s'il donne naissance à un droit réel au profit du colon.

Dans l'ancien droit, le bail à complant se présentait sous deux formes ; il était tantôt temporaire et révocable, tantôt perpétuel et irrévocable [5]. Dans le premier cas, c'était un bail

1. Planiol, *op. cit.*, 4e édition, II, n° 1803.

2. Voy. notamment Paul Henry, *La loi bretonne du 23 novembre 1896*, dans la *Revue critique* de 1897, — Pinchon et Gourville, *Domaines congéables*, 1897.

3. Le bail à complant n'était autrefois qu'une variété d'une tenure appelée bail à champart, usitée dans plusieurs parties de l'ancienne France, et dont le prix, le champart, consistait dans une quote-part de récolte payée par le colon au bailleur. Voy Pothier, *Traité des Champarts*, — Chénon *Les démembrements de la propriété foncière*, p. 68 et suiv., — Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles*, p. 425 et suiv., — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, 2e édition, II, n° 1524.

4. Notamment dans le ressort de l'ancienne coutume du Poitou et de la Rochelle, et en Vendée.

5. Voy. Merlin, *Répertoire*, v° *Vignes*, § 2, — Garsonnet, *loc. cit.*, p. 393. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*, n° 1508.

ordinaire, fait à charge de complanter, et ne donnant naissance qu'à un droit personnel au profit du colon ; dans le second cas, c'était un contrat spécial, dont les effets à l'égard du preneur variaient suivant les lieux : dans le pays nantais, le bailleur restait propriétaire et le preneur acquérait un droit réel sur l'immeuble, — dans le ressort de la coutume de la Rochelle, la propriété était transférée au preneur [1].

Avant la loi du 8 mars 1898, que nous mentionnerons plus loin [2], la nature du droit du preneur était encore controversée. D'après les uns [3], le bail à complant conférait au preneur un droit réel sur le fonds qui en faisait l'objet ; d'après les autres [4], le complant était un simple bail, dans lequel la propriété du fonds demeurait au bailleur.

Des travaux préparatoires de la loi du 8 mars 1898 il résulte qu'en principe le bail à complant n'est pas translatif de propriété et ne constitue qu'un bail ordinaire [5].

635. Dans le droit moderne, le bail à complant est généralement perpétuel [6].

Cette perpétuité constitue une anomalie. On ne saurait douter pourtant qu'elle soit la règle, car on rencontre souvent des baux à complant existant depuis un temps immémorial et toujours en cours d'exécution. Le bail se continue tant que la chose louée existe et ne cesse pas d'être régulièrement utile [7] ; il se prolonge à perpétuité tant que les colons successifs entretiennent la vigne, ne prenant fin qu'avec la vigne elle-même, quand celle-ci vient à périr.

Comme toute rente foncière, la redevance peut toujours

1. Chénon, *Les démembrements de la propriété foncière avant et après la Révolution*, p. 75. — Cpr. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, 2e édition, II, n° 1508.

2. *Infrà*, n° 636.

3. Merlin, *loc. cit.*, — Troplong, *Louage*, I, n° 53, — trib. de Fontenay-le-Comte 9 mars 1866, Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° *Louage à complant*, n° 1.

4. Duvergier, III, n° 189, — Hérold, *Questions pratiques sur les baux à complant*, dans la *Revue pratique de droit*, 1857, p. 364 et suiv. ; — Cass. 15 janvier 1826, Dalloz, *Répertoire*, v° *Louage à complant*, n° 4, — Poitiers 19 février 1894, D. P. 1894.II.383, - Cass. 11 février 1896, D. P. 1896.I.239.

5. Rapport de M. Gellibert des Seguins à la Chambre des députés, *Journal officiel* du 18 mai 1897, *Documents parlementaires de la Chambre*, p. 370. — Cpr. Cass. 14 novembre 1900, D. P. 1900.I.597.

6. Planiol, *op. cit.*, 4e édition, II, n° 1810, p. 582.

7. Cass. 11 février 1896, D. P. 1896. I. 239. Sir. 1897.I.10.

être rachetée [1]. Le colon peut délaisser la vigne quand cela lui convient [2].

636. Les règles du contrat étant ainsi déterminées par l'usage, il est advenu que le phylloxéra a obligé les colons à arracher leurs vignes. Ils les ont replantées, et ont émis la prétention de continuer leurs baux.

Mais ils se sont heurtés à la résistance des propriétaires, qui prétendaient reprendre leurs terres absolument libres, sous prétexte que la mort de la vigne avait nécessairement entraîné la cessation des baux. La jurisprudence, en présence des usages établis, dut reconnaître le bien-fondé de cette prétention [3].

Cette jurisprudence rendait intolérable la situation des colons. Aussi le législateur crut-il devoir intervenir pour remédier à cet état de choses. La loi du 8 mars 1898 donne au colon le droit de reconstituer sa vigne détruite sans que le caractère et la durée du bail se trouvent modifiés (article 1 alinéa 1). Pour opérer cette reconstitution, le colon jouit d'un délai de quatre années à compter de l'époque où la vigne est détruite (article 2), et la loi considère la vigne comme détruite du moment que la moitié des ceps est improductive (article 1 alinéa 2).

Mais le colon n'est pas obligé de reconstituer la vigne détruite. Il est seulement autorisé à le faire. S'il n'use pas de la faculté que lui accorde la loi nouvelle, il reste soumis aux anciennes règles, et le bail peut être résolu pour cause de destruction de la chose qui en fait l'objet [4].

L'article 3 alinéa 1 permet au colon de céder à toute époque son droit à un tiers. En cas de cession, il devra notifier au bailleur le nom du tiers et le prix de la cession (article 3 alinéa 3) [5]. Si le cessionnaire n'est ni l'ascendant ni le descendant du colon, le bailleur jouit, à prix égal, d'un

1. Dalloz, *Répertoire*, v° *Louage à complant*, n° 5.
2. Trib. de la Roche-sur-Yon 27 juillet 1893, sous Poitiers 19 février 1894. D. P. 1894.II.383.
3. Poitiers 13 février 1894, précité. — Cass. 11 février 1896, D. P. 1896.I. 239, Sir. 1897.I 10.
4. Voy. Rapport de M. Lecour-Grandmaison au Sénat, *Journal officiel* du 20 mai 1898, *Documents parlementaires du Sénat*, p. 62,— Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e édition, II, n° 1517, — Planiol, *op. cit.*, 4e édition, II, n° 1811. — Cpr Cass. 14 novembre 1900, D. P. 1900.I.597.
5. Cette notification n'est soumise à aucune forme sacramentelle : Poitiers 5 mai 1902, D. P. 1904.I.364.

droit de préemption (article 3 alinéa 2) ; s'il veut en user, il doit notifier son acceptation au colon, dans un délai déterminé (article 3 alinéa 4), passé lequel il est censé avoir renoncé à son droit (article 3 alinéa 5)[1].

§ 4. — Le bail emphytéotique.

637. Il n'existe pas de définition légale du bail emphytéotique. Et il est difficile, en même temps que dangereux à certains égards, de donner une définition doctrinale de ce contrat. D'une façon très générale, le bail emphytéotique est un bail à long terme, portant sur un immeuble, et ayant pour effet de transférer au preneur un droit plus étendu, plus complet que celui qui résulte d'un louage ordinaire[2].

638. Quant à la question de savoir si un contrat de louage portant sur un immeuble constitue un louage emphytéotique ou un louage ordinaire, cette question est une pure question de fait et d'intention.

Pour éviter toute équivoque et tout risque de contestation, les parties ont grand intérêt à indiquer expressément la nature qu'elles entendent attribuer au contrat qu'elles passent.

A défaut de déclaration expresse de leur part, l'existence de l'emphytéose se reconnaît essentiellement aux traits suivants. D'abord, il faut qu'il s'agisse d'un immeuble, et que le bail ait été conclu pour une longue durée : dix-huit ans au moins, quatre-vingt-dix-neuf ans au plus. Il faut, en second lieu, que le preneur se soit engagé à exécuter des travaux de nature à améliorer l'immeuble et qu'il ait assumé l'obligation de payer au colon une redevance modique. Enfin, il faut qu'il apparaisse que l'intention des parties

1. Le bailleur est censé avoir renoncé à son droit de préemption lorsque, ayant connu la cession, il a accepté du nouveau colon la redevance en nature à laquelle il a droit : Cass 30 novembre 1903, D. P. 1904.I.364.

2. Sur le bail emphytéotique, voy. Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée*, p. 413 et suiv., — Chénon, *Les démembrements de la propriété foncière avant et après la Révolution*. p. 49, — Viollet, *Histoire du droit civil français*, 3e édition. p. 707 et suiv ,— Lefort, *Histoire des contrats de location perpétuelle ou à longue durée*, p. 343 et suiv., — Pépin Le Halleur, *Histoire de l'emphytéose*. — Planiol. *Traité élémentaire de droit civil*, 4e édition, II, nos 1756 et suiv., p 570 et suiv.. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*. 2e édition. II. nos 1443 et suiv.

ait été de faire acquérir au preneur des droits excédant la limite des droits du preneur à ferme ordinaire.

639. Le but visé par les parties au contrat est le plus souvent d'assurer le défrichement et la mise en culture de terrains ayant une petite valeur et une grande étendue [1]. Pour de pareils terrains, il est plus facile de trouver un preneur à emphytéose qu'un fermier ordinaire, à cause de la modicité de la redevance emphytéotique. La modicité même de cette redevance est compensée pour le bailleur par les améliorations que le preneur s'engage à apporter au fonds.

640. L'existence du bail emphytéotique remonte très loin dans le passé [2]. Comme le mot même l'indique, l'emphytéose a une origine grecque. Importé dans le monde romain, le bail emphytéotique y a été extrêmement usité, puis il a été transplanté dans l'ancienne France, où la pratique en a été assez générale pour que les coutumes aient élaboré et consacré tout un ensemble systématique de règles en ce qui le concerne [3].

La loi des 18-29 décembre 1790, après avoir interdit les rentes foncières non rachetables [4], ajoutait : « Sans préjudice

1. Nous avons vu (*suprà*, n° 631) que le bail à domaine congéable présente les mêmes avantages au point de vue économique.

2. Sur l'histoire de l'emphytéose, voy. en particulier Chénon, *op. cit.*, p. 49 et suiv., — Viollet, *op. cit.*, p 707 et suiv.

3. Dans le Sud-Est de la France, surtout en Dauphiné et en Savoie, l'emphytéose s'appelait albergement. L'albergement était un contrat par lequel le propriétaire d'un fonds le donnait à l'emphytéote, ou albergataire, pour en jouir et disposer à perpétuité, à la charge de le cultiver, réparer et améliorer, moyennant une redevance en grains, denrées ou espèces. L'albergeant gardait le domaine direct, et jouissait de la redevance comme du produit de son fonds ; l'albergataire acquérait le domaine utile c'est-à-dire le droit de disposer du fonds comme d'une chose lui appartenant en toute propriété, sous la seule restriction de payer périodiquement au bailleur le cens ou canon emphytéotique.

L'albergement portait souvent sur les droits de riveraineté des cours d'eau et sur les eaux elles-mêmes. De nos jours encore, les tribunaux du Sud-Est ont fréquemment à interpréter des contrats de cette nature.

Les lois révolutionnaires abolitives des droits féodaux ont confirmé sur la tête de l'albergataire le domaine utile, qui est devenu pleine propriété incommutable, mais seulement dans les limites de l'acte, et sans modifier ni étendre l'emprise de l'albergement concédé.

Voy. sur ce contrat, Richard, *Essai sur le contrat d'albergement*, thèse de doctorat, Grenoble, 1906. — Cpr. Grenoble 4 avril 1905, *Journal de la Cour de Grenoble*, 1905 I.162.

4. Voy. ce qui sera dit à cet égard dans la partie du *Cours* intitulée *La classification des droits, la propriété et ses démembrements*. — Voy. en attendant Chénon, *loc. cit.*, p. 108 et suiv., — et Robert Beudant, *loc. cit.*, p. 302 et suiv.

« des baux à rente ou emphytéoses et non perpétuels, qui « seront exécutés pour toute leur durée et pourront être faits « à l'avenir pour quatre-vingt-dix-neuf ans et au-dessous. » Ce texte lève tous les doutes que l'on pourrait avoir sur la validité du bail emphytéotique, à condition qu'il soit temporaire ; mais il ne détermine point le régime légal de l'emphytéose.

Le Code civil de 1804 n'a pas comblé cette lacune. Il est absolument muet sur le bail emphytéotique.

Aussi les auteurs, pour parvenir à établir le régime que les lois positives ne définissent pas, ont ils cherché à combiner les traditions de l'ancien droit avec les principes posés par le Code pour le bail à ferme ordinaire. Cette combinaison n'a pas pu se faire sans que des controverses graves se soient élevées en grand nombre [1].

Ces controverses étaient embarrassantes dans la pratique et mettaient obstacle au développement du bail emphytéotique. Aussi le législateur s'est-il décidé à y mettre un terme par la loi du 25 juin 1902, sur le bail emphytéotique, qui forme le titre V du livre I du Code rural en préparation [2].

L'intervention du législateur en cette matière était-elle vraiment utile ? On l'a contesté, en faisant valoir que l'usage du bail emphytéotique est extrêmement restreint de nos jours. Mais la loi de 1902 a été faite précisément pour généraliser cet usage ; le législateur est intervenu surtout avec la pensée que le bail emphytéotique, désormais régi par des dispositions précises, pourrait être employé avec grand avantage dans nos possessions d'outre-mer [3].

641. La loi de 1902 contient une réglementation complète du bail emphytéotique [4].

Nous ne pouvons pas présenter ici le commentaire complet et détaillé des différents articles. Contentons-nous de grouper autour des quatre idées suivantes les règles qui présentent le plus d'intérêt soit pratique, soit doctrinal.

1. Voy. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° *Louage emphytéotique*, n°s 3 et suiv.

2. Voy. sur le Code rural, *suprà*, p. 179, note 2, — et 442, note 3.

3. Voy. la notice de M. Blaisot, dans l'*Annuaire de législation française* publié par la *Société de législation comparée* année 1903, p. 168.

4. Le but de la loi de 1902 a été de « consacrer point par point les prin« cipes admis par la jurisprudence antérieure ». Rapport de M. Georges Grau à la Chambre des députés, *Journal officiel* des 8 et 9 février 1899, *Documents parlementaires de la Chambre*, p. 142.

Première idée.

L'emphytéose est un contrat consensuel.

Mais les parties n'en sont pas moins obligées, en fait, de constater le bail par écrit. En effet, le bail emphytéotique est toujours convenu pour une durée supérieure à dix-huit années (article 1 alinéa 2); or la loi du 23 mars 1855 soumet les baux de plus de dix-huit ans à la transcription (article 2-4°) [1], ce qui rend indispensable de passer acte pour tous les baux emphytéotiques.

Les règles du droit commun sont applicables en ce qui concerne la preuve du bail emphytéotique (article 3 alinéa 1). Notamment, les articles 1715 et 1716 du Code civil reçoivent leur application [2].

Deuxième idée.

L'emphytéose est un contrat synallagmatique, donnant naissance à des droits et à des obligations au profit et à la charge de chacune des parties.

1° Le preneur doit payer au bailleur la redevance ou canon emphytéotique (article 3) [3]. Cette redevance consiste soit en une somme d'argent, soit dans la prestation d'une partie des fruits ou produits de l'immeuble. Elle est le plus souvent très modique [4]; le bénéfice du propriétaire consiste non dans la perception de la redevance, mais dans les améliorations qui sont apportées au fonds par l'emphytéote [5].

2° Le paiement de la redevance est garanti au propriétaire par le privilège [6] de l'article 2102-1° Le bailleur peut demander la résiliation du bail pour défaut de paiement de la redevance pendant deux années consécutives après deux sommations restées sans résultat [7]; néanmoins les tribunaux peuvent toujours accorder des délais au preneur (article 5).

1. *Les contrats et les obligations*, p. 214.
2. Voy. *suprà*, p. 356 et suiv.
3. Planiol, *op. cit.*, 4e édition, II, n° 1765.
4. Cpr. *suprà*, n° 638. — Bien qu'il y ait controverse à cet égard, il semble que la modicité de la redevance doive être considérée comme de l'essence de l'emphytéose : Cass. 24 août 1857, D. P. 1857.I.326.— *Secus*, Cass. 11 novembre 1861, D. P. 1861.I.444, Sir. 1862.I.91.
5. *Suprà*, n° 639.
6. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 346 et 386.
7. Planiol, *op. cit.*, n° 1774.

L'emphytéote n'est exonéré du paiement de la redevance qu'au cas de perte totale du fonds ; il ne peut demander la réduction de sa redevance ni pour cause de perte partielle du fonds, ni pour cause de stérilité du terrain, ou de privation de la récolte par cas fortuit (article 4)[1].

3° Le preneur doit jouir en bon père de famille et rendre le domaine en aussi bon état qu'il l'a reçu. Il est même dans l'esprit du contrat que le preneur améliore le fonds[2]. L'obligation d'améliorer le fonds est stipulée dans la plupart des baux emphytéotiques ; mais elle n'est pas considérée comme étant de l'essence de l'emphytéose, et elle n'existe que tout autant qu'une clause spéciale a été souscrite à cet égard par les parties.

Le preneur jouit d'une très grande liberté en ce qui concerne les travaux à entreprendre[3]. La seule limite de son droit est qu'il ne peut pas diminuer la valeur du fonds[4]. A la fin du bail, les améliorations qu'il a réalisées restent la propriété du bailleur, sans que celui-ci ait aucune indemnité à payer (article 7)[5].

4° L'emphytéote ne peut se libérer de sa double obligation de payer la redevance et d'améliorer l'immeuble en délaissant le fonds (article 6). En effet, il a contracté une obligation personnelle et n'est pas tenu seulement *propter rem*[6].

5° Le bailleur doit garantir l'emphytéote contre toute éviction[7]. Au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, il doit faire connaître l'existence de l'emphytéose ; deux indemnités distinctes sont accordées, l'une au propriétaire de l'immeuble, l'autre à l'emphytéote (article 11)[8].

1. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, 2e édition, II, n° 1451.
2. Planiol, *Traité élémentaire*, 4e édition, II, n° 1760.
3. Cass. 26 avril 1853, D. P. 1853.I.145, Sir. 1853.I.445.
4. Planiol, *op. cit.*, 4e édition, II, 1769, — Watrin, *Code rural*, n° 271, p. 343. — Douai 9 mars 1854, D. P. 1854.V.480.
5. Planiol, *loc. cit.*, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, 2e édition, II, n° 1453, — Douai 8 février 1878, Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° *Louage emphytéotique*, n° 13, note 1.
6. Cpr. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 405.
7. Dalloz, *Répertoire*, v° *Louage emphytéotique*, n° 17.
8. Il en était autrement avant la loi de 1902. L'emphytéote était traité, en cas d'expropriation, comme un usufruitier ; une indemnité était attribuée au propriétaire, et l'emphytéote en avait la jouissance jusqu'à la fin de son bail : Cass. 12 mars 1845, D. P. 1845.I.105. — Néanmoins une indemnité spéciale était accordée à l'emphytéote pour les constructions par lui faites et dont il était propriétaire : Cass. 22 juin 1885, D. P. 1886.I.268.

6° Les droits de chasse et de pêche appartiennent au preneur seul [1]. Il exerce à l'égard des mines, minières, carrières et tourbières les mêmes droits qu'un usufruitier (article 12).

7° Du jour du contrat, le colon peut, pour toute la durée du bail et sans que le propriétaire ait le droit de s'y opposer. grever l'immeuble de servitudes, ou en acquérir à son profit. Il doit seulement, dans le cas où il grève l'immeuble, avertir le propriétaire (article 9).

8° L'emphytéote répond de l'incendie conformément à l'article 1733 du Code civil (article 8 alinéa 3) [2].

9° Il doit acquitter les contributions et charges de l'immeuble (article 8 alinéa 1) [3].

10° L'article 8 alinéa 2 est ainsi conçu : « En ce qui con« cerne les constructions existant au moment du bail, et « celles qui auront été élevées en exécution de la conven« tion, il est tenu des réparations de toute nature ; mais il « n'est pas obligé de reconstruire les bâtiments s'il prouve « qu'ils ont été détruits par cas fortuit, par force majeure, ou « qu'ils ont péri par le vice de construction antérieur au « bail. »

Troisième idée.

Le bail emphytéotique est un contrat temporaire.

Nous avons déjà dit qu'il est fait pour une durée plus longue que celle des baux ordinaires : dix-huit ans au minimum, et quatre vingt dix neuf au maximum [4]. Il faut ajouter que les baux de dix-huit à quatre vingt dix neuf ans n'ont pas nécessairement le caractère emphytéotique ; tout dépend, comme nous l'avons dit [5], de l'intention des parties.

A l'expiration du terme fixé, le bail ne peut se prolonger par tacite reconduction [6]. Cette règle, inscrite dans l'article 1

1. Voy. *suprà*, n°s 518 et 616.
2. *Ibid*, n°s 539 et suiv.
3. Planiol, *op. cit.*, 4e édition, II. n° 1775, — Baudry-Lacantinerie et Wahl. *Louage*, 2e édition. II. n° 1455. — Conseil d'Etat 15 juin 1855, D. P. 1855. III.2.
4. Le bail emphytéotique peut être consenti sur plusieurs têtes, à la condition de ne pas excéder le nombre de trois. Cpr. *suprà*, p. 348 — Voy. Planiol, *loc. cit.*, n° 1762, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e édition, II, n° 1444 ; — Cass. 6 janvier 1852, D. P. 1852.I.250.
5. *Suprà* n° 638.
6. Planiol, *loc. cit.*, II, n° 1773, — Douai 8 février 1878, Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° *Louage emphytéotique*. n° 13.

alinéa 2, s'explique par la gravité exceptionnelle du contrat et par l'importance des effets juridiques qu'il produit.

Avant l'expiration du terme fixé, le colon peut demander la résiliation du bail pour cause de perte totale du fonds [1]. D'autre part, le bailleur peut demander la résiliation lorsque le colon commet certaines fautes, certains manquements à ses engagements (article 5) [2].

Quatrième idée.

Elle est de beaucoup la plus importante. L'article 1 alinéa 1 la consacre en ces termes. « Le bail emphytéotique de « biens immeubles confère au preneur un droit réel suscep- « tible d'hypothèque ; ce droit peut être cédé et saisi dans « les formes prescrites pour la saisie immobilière. »

Antérieurement à la loi de 1902, la question était vivement discutée de savoir si le droit de l'emphytéote était un droit réel susceptible d'hypothèque [3]. La jurisprudence se prononçait en ce sens [4]. La loi nouvelle consacre cette manière de voir.

De là résultent deux conséquences.

1° Le colon peut disposer du fonds pendant la durée du bail, par vente, cession, échange, sauf les droits du bailleur à l'expiration du bail [5]. Il peut louer le fonds [6], exercer les actions possessoires contre toutes personnes qui le troublent [7].

2° Le propriétaire d'un fonds ne peut le bailler à emphytéose qu'autant qu'il possède la capacité d'aliéner (article 2 alinéa 1) [8]. Le texte ajoute : « sous les mêmes conditions comme « dans les mêmes formes » ; ce qui veut probablement dire

1. Voy. *suprà*, p. 448.
2. Planiol, *loc. cit.*, n° 1774, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*, n° 1460.
3. *Suprà*, p. 418.
4. Cass. 17 novembre 1852, D. P. 1852.I.262, Sir. 1852.I.547, — 23 février 1853, D. P. 1853.I 53, Sir. 1853.I.206, — 26 avril 1853, D. P. 1853.I.145, Sir. 1853.I.445, — 6 mars 1861, D. P. 1861.I.418, Sir. 1861.I.713, — 26 janvier 1864, D. P. 1864.I.83, Sir. 1864.I.91. — Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 278.
5. Planiol, *op. cit.*, 4e édition, II, n°s 1760 et 1770, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e édition, II, n° 1457.
6. Planiol, *loc. cit.*, n° 1766, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.* ; — cpr. Bruxelles 15 juillet 1882, Sir. 1883.IV.37.
7. Garsonnet, *Traité de procédure*, 1re édition, I. p. 599, § 355. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e édition, II, n° 1449.
8. Cpr. *suprà*, p. 352.

que les personnes incapables doivent se conformer, pour consentir un bail emphytéotique, aux conditions et aux formes qui leur sont prescrites pour consentir une aliénation. Puis les alinéas 2 et 3, développant l'idée, s'expriment ainsi : « Les immeubles appartenant aux mineurs ou interdits pour« ront être donnés à bail emphytéotique en vertu d'une dé« libération du conseil de famille homologuée par le tribu« nal. Le mari pourra aussi donner à bail emphytéotique « les immeubles dotaux avec le consentement de la fem« me et l'autorisation de justice. »

Quant au preneur, la seule capacité qui puisse être exigée de sa part est la capacité requise pour s'engager à titre onéreux [1].

1. Blaisot, *loc. cit.*, p. 170.

CHAPITRE II

LE LOUAGE D'OUVRAGE

642. Il fait l'objet du chapitre III, au titre *Du louage* (articles 1779 à 1799).

Nous en avons trouvé une définition générale dès le début du titre [1], dans l'article 1710. C'est le contrat par lequel une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles.

De la part du *locator*, il y a prestation de travail moyennant salaire.

De la part du *conductor*, il y a emploi du travail d'autrui moyennant rémunération. Le contrat consiste dans l'échange d'un service contre un prix.

De la part de l'un et de l'autre, la considération de la personne est manifestement déterminante. Le louage d'ouvrage, à l'inverse du louage de choses, est l'un des contrats dont parle l'article 1110 alinéa 2, qui sont faits *intuitu personæ*, et dans lesquels l'erreur est une cause de nullité quand elle tombe sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter [2]. De là l'article 1795, qui sépare nettement ce louage du louage des choses : « Le contrat de louage d'ouvrage est dis- « sous par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepre- « neur » [3]. A l'inverse, aux termes de l'article 1742, « le « contrat de louage n'est pas résolu par la mort du bailleur, « ni par celle du preneur » [4]. La règle posée par l'article 1795 est commune à tout louage d'ouvrage.

643. Ainsi envisagé, le louage d'ouvrage, dans la classification du Code, comporte, nous l'avons également constaté au début [5], deux variétés : 1° le louage de services (*locatio ope-*

1. *Suprà*, p. 342.
2. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 56 et 57.
3. Cpr. *infrà*, nos 676 et 677.
4. *Suprà*, p. 347.
5. *Ibid.*, n° 475, p. 342 et 343.

rarum), contrat par lequel l'une des parties, domestique ou ouvrier, engage à l'autre ses services en général (article 1779-1°), — 2° le louage d'industrie (*locatio operis*), contrat par lequel l'une des parties engage son activité appliquée à un but déterminé (article 1779-2° et 3°).

Chacune de ces deux variétés du louage d'ouvrage est soumise à un petit nombre de règles qui lui sont propres. Pour le surplus, le louage de services et le louage d'industrie restent régis par le droit commun des conventions.

La section I du chapitre III a trait au louage de services. Les sections II et III sont consacrées au louage d'industrie.

644. Et d'abord — question préliminaire — à quoi peut-on reconnaître au juste le louage de services du louage d'industrie ?

La distinction est délicate. La délimitation entre le louage de services et le louage d'industrie est quelquefois incertaine. En outre, l'un et l'autre se rapprochent du mandat et parfois même se confondent presque avec lui.

Cependant, comme le louage de services et le louage d'industrie sont soumis à des règles différentes, il faut, de toute nécessité, caractériser exactement chacun d'eux.

645. **Le louage de services** est celui dont le caractère spécifique est le plus apparent. L'article 1779 en donne la définition ; c'est le louage « des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un ». Puis la rubrique de la section I, qui comprend les articles 1780 et 1781, contenant les particularités propres à cette sorte de louage, procède par énumération, probablement dans le dessein de préciser le sens des termes génériques de l'article 1779 ; elle porte : *Du louage des domestiques et ouvriers.*

Pour savoir dans quels cas on se trouve en présence d'un louage de services, il faut prendre les mots *domestiques* et *ouvriers* dans leur sens usuel.

Le mot « ouvrier » a un sens bien défini. Il désigne tout artisan exerçant une profession manuelle ou mécanique[1], et qui traite, pour les ouvrages de sa profession, avec la personne qui l'emploie et qui le paie, tout en conservant son indépendance. C'est dans ce sens restreint que le mot est pris, notamment, par l'article 549 du Code de commerce, lequel,

1. Voy. Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle*, 2e édition, n° 891. — Baudry-Lacantinerie et Wahl. *Louage*, 2e édition, II, n° 1648.

en cas de faillite, reconnaît un privilège aux ouvriers employés directement par le failli, pour le salaire du mois qui a précédé le jugement déclaratif [1].

Le mot « domestique » est plus vague. Les mœurs modernes lui ont donné une signification étroite. Il désigne quiconque est attaché au service d'autrui, — service de la personne, service de la maison, service de la ferme,— en un mot les gens de service. Ce qui caractérise la situation des domestiques et la distingue de celle des ouvriers, c'est que le service des domestiques est permanent, général, et implique, comme conséquence du contrat conclu, une certaine dépendance, une subordination continue.

Etant donné ce caractère de la fonction, où commence-t-elle et où finit-elle ? Cela est important à savoir pour l'application des règles spéciales au louage de services, — et aussi pour l'application de l'article 2101-4°, qui accorde aux gens de service un privilège sur les meubles du débiteur pour l'année échue et ce qui est dû sur l'année courante [2]. Tels qui se redressent et déclinent la qualification de gens de service en temps ordinaire, la revendiquent quand il s'agit de se prévaloir du privilège.

En général, on applique les articles dont nous venons de parler à tous les subordonnés qui font partie de la maison et qui reçoivent à ce titre un salaire, un traitement ou des gages, sans tenir compte du degré très variable de dépendance contractuelle qu'impose la fonction. Les différences relatives à ce degré de dépendance sont des différences de fait, non de droit [3]. Aussi la jurisprudence [4] applique-t-elle les

1. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I. p. 323.

2. *Ibid.*, p. 321.

3. Laurent considère les articles qui nous occupent comme applicables seulement aux personnes qu'on est dans l'usage d'appeler domestiques. Voy. *Principes*, XXV, p. 541.

4. Rouen 10 juillet 1843, Sir 1844.II.34, — Cass. 31 août 1864, D. P. 1864.I. 372, — 24 janvier 1865, D. P. 1865.I.40, — Angers 13 mai 1868, D. P. 1871.II. 176, — 19 février 1869, D. P. 1869.II.159, — Lyon 3 février 1872, D. P. 1873. II.34, Sir. 1874.II.119, — trib. de la Seine 14 janvier 1891, D. P. 1893.II.57, — Bourges 5 mai 1891, *Pandectes françaises périodiques*, 1892 II.245, — trib. de la Seine 9 mai 1892, *Gazette du Palais*, 1892 I.649, — 5 juin 1893, *Journal des sociétés*, 1894, p. 37, — trib. de Bordeaux 21 novembre 1893, *Pandectes*, 1894.I.152, — 15 janvier 1894, D. P. 1894.II.574, — Besançon 30 décembre 1896, D. P. 1898.II.86, — trib. de la Seine 7 février 1899, D. P. 1899.II.472, — Paris 7 décembre 1899, D. P. 1900.II.167, — Chambéry 28 février 1900, D. P. 1900.II.503.

articles dont il s'agit non seulement aux domestiques proprement dits, à ceux que l'on qualifie de la sorte dans l'usage, aux serviteurs, mais à tous les subordonnés, même à ceux dont la fonction est plus relevée, s'ils font partie de la maison et y sont employés d'une façon permanente, tels qu'intendants, gérants, commis, gardes, et, dans un ordre d'idées différent, aux bibliothécaires, secrétaires, précepteurs, etc. Ce sont là toutes personnes qui engagent leurs services dans la maison d'autrui moyennant un salaire, des gages ou un traitement ; au sens étymologique du mot, ce sont des domestiques, des personnes qui font partie de la maison, qui constituent la *domus*.

Il ne faut pas tenir compte ici des distinctions artificielles admises par le langage vulgaire. La loi ne les connaît pas. Elle voit dans la domesticité, prenant ce mot dans son sens large, une fonction qui a ses lois propres ; de là les règles qu'elle consacre, et qui sont applicables à quiconque s'engage au service permanent et régulier d'autrui, à quelque titre que ce soit. Il faut considérer comme louant ses services quiconque se met sous la dépendance d'autrui, d'une façon générale et permanente, depuis le serviteur proprement dit jusqu'au commis, au préposé, à l'employé, etc.[1]

646. **Le louage d'industrie** est un contrat d'une tout autre

1. S'il est exact de dire, d'une façon générale, que les employés ne sont pas autre chose que des domestiques ou des ouvriers, il convient cependant de ne pas pousser l'assimilation trop loin et de ne pas méconnaître qu'il existe des différences entre les employés d'une part et les domestiques ou les ouvriers d'autre part.

Ces différences ont été plus nombreuses dans le passé qu'elles ne le sont dans le présent. Ainsi, la loi du 22 germinal an XI, qui obligeait les ouvriers à être munis d'un livret (voy. *infrà*, n° 671) n'était pas applicable aux employés, et cette loi n'a été abrogée qu'en 1890. De même, l'article 1781 du Code civil, abrogé en 1868 (*infrà*, n°s 661 et suiv.), n'était applicable qu'aux ouvriers et domestiques, non aux employés. Enfin, jusqu'à la loi du 27 mars 1907, les conseils de prud'hommes, compétents pour connaître des différends entre ouvriers et patrons, n'avaient pas compétence pour statuer sur les difficultés s'élevant entre employés et employeurs.

Si ces différences ont disparu, il en subsiste d'autres, dont il est vrai que l'importance n'est pas grande, mais qui n'en suffisent pas moins à faire des ouvriers et employés deux catégories distinctes de personnes. Par exemple, l'action ouverte aux ouvriers pour le paiement de leur salaire se prescrit par six mois (article 2271), tandis que l'action des employés payés au mois est soumise à la prescription de cinq ans (article 2277). D'autre part, nous verrons en étudiant l'article 1780 (*infrà*, n°s 674 et suiv.) que les délais de congé fixés par l'usage varient suivant qu'il s'agit d'ouvriers ou d'employés (*infrà*, n° 678).

espèce. Il se caractérise et se distingue du louage de services par la spécialité du service promis ; le *locator*, au lieu d'engager ses services d'une façon générale, les engage en vue d'une œuvre restreinte et déterminée, et conserve son indépendance à tous autres égards.

Ainsi, les personnes suivantes louent leur industrie, non leurs services.

1° Le voiturier, qui se charge d'un transport de personnes ou de marchandises, soit par terre, soit par eau. Le louage d'industrie s'appelle alors contrat de transport (articles 1782 et suivants)[1].

2° L'entrepreneur, l'architecte, l'ouvrier, qui, moyennant rétribution, s'engage à exécuter un travail de sa profession. Le louage d'industrie s'appelle alors contrat d'entreprise, ou devis et marché (articles 1787 et suivants)[2].

Donc le louage d'industrie présente autant de variétés d'application que le travail promis peut prendre de formes. Il comprend les prestations de travail les plus diverses, depuis la plus simple jusqu'aux plus considérables.

647. Mais toute prestation de travail constitue-t-elle un louage d'ouvrage ? N'y a-t-il pas un point où le louage d'ouvrage fait place au mandat ? Il existe un désaccord à ce sujet.

N'est-on pas en présence d'un mandat et non d'un louage d'ouvrage lorsque la chose que l'une des parties s'oblige à faire, l'acte qu'elle promet d'accomplir, est une œuvre de l'intelligence, un acte dépendant d'une profession littéraire, scientifique, artistique, d'une profession dite libérale ? Voici des exemples. Un homme d'affaires promet de donner ses soins à une affaire, un avocat de plaider un procès, un médecin de soigner un malade, un peintre de faire un tableau, un auteur de livrer un ouvrage destiné à la publication ou à la représentation. Comment faut-il considérer, en droit, de pareilles conventions ?

Au point de vue juridique, elles sont des applications du louage d'ouvrage. Les notions simples et exactes ont été obscurcies, à cet égard, par un préjugé auquel les jurisconsultes romains ont cédé et que nombre d'interprètes partagent encore. Le louage d'ouvrage, dit-on, implique une œu-

1. *Infrà*, nos 705 et suiv.
2. *Ibid.*, nos 709 suiv.

vre matérielle, ayant une valeur vénale et susceptible d'être rémunérée par un salaire. Quant aux œuvres de l'intelligence, on les récompense, on les honore, mais on ne les paie pas, parce que leur prix est inestimable, et de là vient le nom d'honoraires donné, dans ce cas, à la rémunération des services rendus ; il n'y a plus alors louage d'ouvrage, il y a mandat salarié. On croit faire honneur de la sorte à certaines professions, rehausser la dignité de tels ou tels services. On arrive à reconnaître deux sortes de louages d'ouvrage : l'un que l'on qualifie de mandat, comme étant un contrat plus noble, ayant pour objet les services *quæ locari non solent* et qui forment les *artes liberales*, — l'autre qui reste un simple louage, ayant pour objet les services *quæ locari solent* et qui forment les *artes serviles*[1].

Ces classifications apparaissent singulièrement fragiles à la moindre réflexion. Le contrat d'entreprise est sans aucun doute un louage, de sorte que l'architecte ou l'entrepreneur qui a construit le Panthéon a loué son industrie ; au contraire, le premier vétérinaire venu est un mandataire : l'un a un salaire, l'autre des honoraires.

Le droit n'a rien à démêler avec de pareilles distinctions. Elles ont pu avoir leur raison d'être dans les sociétés antiques, fondées sur l'esclavage, où tout ce qui était travail manuel était méprisé, ce qui a conduit à distinguer les *artes liberales* et *serviles* ; mais elles n'ont aucun fondement rationnel Il est puéril de regarder le louage comme un contrat moins noble que le mandat, et d'appeler mandat salarié ce qui n'est en réalité qu'un louage d'ouvrage. Il y a ouvrage et ouvrage, voilà tout ; cela ne change pas la nature du contrat.

648. La différence entre le mandat et le louage réside ailleurs. Et nous allons voir que la distinction de ces deux contrats présente un intérêt pratique.

649 Le mandat est un contrat par lequel le mandant donne au mandataire, qui accepte, le pouvoir de le représenter, à l'effet d'accomplir la mission qui fait l'objet du mandat pour le compte du mandant : obliger le mandant envers les tiers. obliger les tiers envers lui, aliéner, acquérir (article 1984)[2].

1. Voy. la constit. 1, C. de Justinien, *Mandati*, I, 35, — Pothier, *Traité du mandat*, n°s 23 à 27, — et Guillouard, *Louage*, 3e édition, II, n° 692.
2. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 711 et suiv.

L'idée de la représentation d'une personne par une autre, tel est le trait caractéristique du mandat ; le mandataire agit comme représentant du mandant ; celui-ci se fait représenter dans certaines circonstances ou pour certains actes : il fait accomplir par le mandataire, et au nom du mandataire, ce qu'il ne peut ou ne veut faire lui même. Là où l'idée de la représentation par autrui apparaît, il y a mandat ; là où elle fait défaut, il n'y a pas mandat.

Dès lors, aucune confusion n'est possible entre le mandat et le louage. Le mandataire sert le mandant en agissant pour celui-ci et en son nom, tandis que la personne qui loue ses services ne représente pas celle à laquelle elle les loue. La différence est fondamentale.

650. En général, on signale entre les deux contrats une autre différence, qui aurait une grande importance si elle existait réellement.

Le louage d'industrie, dit-on, est essentiellement salarié. Le *conductor* rémunère nécessairement les services rendus par un loyer, par des gages, par un salaire (article 1710). Le louage d'une chose sans loyer serait un prêt ; le louage de services sans salaire serait un simple acte d'ami.

Or il en est autrement du mandat : « Le mandat est gra-« tuit, dit l'article 1986, s'il n'y a pas convention contrai-« re. » Donc la gratuité est de la nature du mandat.

Mais cette différence n'a rien d'essentiel. Rien ne s'oppose à ce que le service rendu par un mandataire soit rémunéré ; on est alors en présence d'un mandat salarié. A Rome, le mandat ne pouvait être que gratuit [1]. Mais la règle romaine n'a plus cours. Qu'un salaire ait été stipulé ou non dans le mandat, la nature du contrat et des rapports qui en découlent est toujours la même ; elle résulte de l'idée de représentation. L'avocat qui plaide un procès, le médecin qui soigne un malade, l'artiste qui peint un tableau ne représente pas son client ; il accomplit un acte de sa profession, après avoir pris l'engagement de l'accomplir au profit d'autrui ; il joue le rôle d'un *locator* d'ouvrage. Que le travail entrepris soit d'un ordre plus ou moins relevé, le contrat n'en reste pas moins le même [2].

1. Voy. Instit., livre III, titre 26, § 13.
2. *Sic* : Duvergier, II, p. 268. — Toullier, VI. p. 884. — Laurent, *Principes*, XXVII, p. 375.

651. D'ailleurs, la distinction entre le louage d'ouvrage et le mandat n'est pas purement nominale. Elle présente un intérêt pratique, car des différences nombreuses séparent les règles du mandat des règles du louage.

Cet intérêt se manifeste notamment aux cinq points de vue suivants.

1° La théorie du mandat se rattachant à l'idée de représentation, le mandataire, salarié ou non, ne conserve de droits que tout autant que la volonté du mandant subsiste. De là les articles 2003 et 2004, qui autorisent le mandant à révoquer le mandat. Même en supposant qu'un salaire ait été convenu, le mandant peut se dispenser de le payer en révoquant le mandat. Le mandat implique une confiance particulière; aussi la révocation du mandat donné doit-elle rester facultative.

Dans le louage, au contraire, les deux parties sont liées. Celui qui a pris en location les services d'autrui doit le salaire pour le temps convenu ; en cas de non-paiement, il doit être contraint à l'exécution.

2° Le mandat, salarié ou non, qui est susceptible d'être révoqué par le mandant, peut être répudié par le mandataire (articles 2003 et 2007) ; l'office du mandataire est un service d'ami : *ex officio atque amicitia originem trahit*. Au contraire, le louage d'ouvrage ne peut pas plus cesser par la volonté du *locator* que par celle du *conductor* ; il ne peut être résilié que de leur commun accord (article 1134 alinéa 2) [1].

3° Le mandat, salarié ou non, finit par la mort de l'une des deux parties (article 2003). Le louage d'ouvrage n'est dissous que par la mort du *locator* ; il ne l'est pas par celle du *conductor* (article 1795) [2].

4° Aucun privilège n'assure au mandataire salarié le paiement du salaire promis. Au contraire, le *locator* d'ouvrage jouit en général d'un privilège (article 2101-4° et 2103-4°) [3].

5° Les co-mandants sont de plein droit solidaires (article 2002) [4]. Les colocateurs d'ouvrage ne le sont pas.

652. Donc il existe des différences importantes entre le louage d'ouvrage et le mandat. Dès lors, il est important,

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 181 et 182.
2. *Infrà*, n°s 676 et 677.
3. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 321. — tome II, p. 12.
4. *Les contrats et les obligations*, p. 441

au point de vue pratique, de savoir si le contrat par lequel une personne exerçant une profession libérale engage ses services constitue un louage d'ouvrage ou un mandat.

Dans tous les cas où une personne met son activité au service d'autrui sans qu'il y ait représentation, la convention qui intervient est un louage d'ouvrage, et les règles du louage sont seules applicables [1].

Toutefois, cette opinion n'est pas généralement admise. La majorité des auteurs, fidèles à la doctrine romaine, ne voient qu'un mandat salarié dans le contrat par lequel une personne exerçant une profession libérale engage ses services [2]. La jurisprudence est divisée; elle esquive le plus souvent la difficulté en rendant des décisions d'espèce [3].

653. Une doctrine intermédiaire a été proposée [4]. Les actes dépendant de professions dites libérales, a-t-on dit, ne peuvent pas former l'objet d'engagements civilement obligatoires; celui qui s'est engagé à les accomplir ne peut pas être contraint civilement à l'exécution. « De pareils actes, disent Aubry et « Rau, considérés en eux-mêmes, sont inestimables, et ne « constituent, d'après leur caractère principal, qu'un fait « d'obligeance de la part de celui qui les a promis. Le sens « moral, comme les principes du droit, condamneraient les « prétentions de celui qui voudrait réclamer des dommages-« intérêts pour l'inexécution d'une promesse de cette na-« ture [5]. » Ces actes peuvent seulement, à raison de l'avantage qu'ils sont de nature à procurer, constituer une cause suffisante pour valider la promesse de rémunération en cas d'exécution. Tout au plus pourrait-on admettre comme obligatoire la convention qui aurait pour objet une chose déterminée à produire, comme la fourniture d'un tableau, la composition d'un ouvrage, quoique la production doive être le résultat de l'exercice d'un talent.

1. *Sic*, Laurent, *Principes*, XXVII, n° 334, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité du mandat*, n°s 378 et suiv., — Glasson, note dans D. P. 1890.II.281.
2. Pothier, *Traité du mandat*, n° 26, — Troplong, III, *Louage*, n°s 791 à 811, — Demante et Colmet de Santerre, VIII, n° 204 *bis*.
3. Agen 4 mars 1889, D. P. 1890.II.281, Sir. 1889.II.139, — trib. de la Seine 5 juin 1893, *Journal des Sociétés*, 1894, p. 37, — trib. de Bordeaux 15 janvier 1894, D. P. 1894.II.574, — Besançon 30 décembre 1896, D. P. 1898.II. 86, — Paris 7 décembre 1899, D. P. 1900.II.167, — trib. de com. de Marseille 25 janvier 1900, *Journal de jurisprudence de Marseille*, 1900.I.137, — Cass. 16 avril 1907, D. P. 1907.I.445.
4. Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 314 et 512.
5. *Loc. cit.*, p. 314, note 2.

Mais cette opinion ne paraît pas acceptable. Elle est en contradiction avec le principe posé par l'article 1134, d'après lequel « les conventions légalement formées tiennent lieu de « loi à ceux qui les ont faites »[1].

La seule particularité à relever est que de pareilles conventions donnent naissance à des obligations de faire, qui se résolvent en dommages-intérêts au cas d'inexécution de la part du débiteur[2], conformément à l'article 1142 ; mais cela n'empêche pas la convention d'être obligatoire. Aubry et Rau disent d'ailleurs très nettement que ces conventions, si on les considère comme ayant un caractère obligatoire, doivent être regardées comme étant des louages d'ouvrage : « L'homme qui exerce une profession libérale accomplit « les actes qui en dépendent en son propre nom, et nulle- « ment au nom et comme représentant de ceux qui doivent « en profiter[3]. »

654. Nous avons défini les caractères généraux du louage d'ouvrage, puis les caractères distinctifs des deux formes sous lesquelles il se présente : louage de services et louage d'industrie.

Il nous faut maintenant reprendre ces deux espèces de louages d'ouvrage, afin de signaler les particularités qu'ils présentent.

SECTION I. — **Le louage de services.**

655. L'article 1779-1° caractérise le louage de services en ces termes : « le louage des gens de travail qui s'engagent « au service de quelqu'un ».

656. Le Code civil de 1804 ne s'est occupé du louage de services que d'une manière tout à fait incidente. Deux articles seulement y sont consacrés : les articles 1780 et 1781. Encore l'article 1781 n'est-il plus qu'un souvenir historique, puisqu'il a été abrogé, comme nous le verrons, par la loi du 2 août 1868[4]. De telle sorte que le contrat de louage de services se

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 177.
2. *Ibid.*, p. 260 et suiv.
3. *Loc. cit.*, p. 512.
4. Voy. *infrà*. nos 661 et suiv.

trouve ne plus faire l'objet que d'un seul article du Code civil.

Le laconisme du Code, à cet égard, s'explique par ce fait que le louage de services n'était pas d'un usage répandu et n'avait pas une importance économique considérable au début du XIXe siècle. Mais la situation s'est notablement modifiée depuis lors ; et il n'est pas besoin d'insister sur ce fait que le développement de la grande industrie au cours du XIXe siècle a fait du contrat qui nous occupe l'un des contrats les plus usuels dans la pratique, les plus intéressants au point de vue doctrinal, et les plus importants au point de vue économique.

De cette évolution économique sont résultées diverses conséquences.

D'abord, le législateur a considéré comme indispensable de multiplier le nombre des règles relatives au louage de services. Diverses lois sont intervenues. Les unes ont modifié les textes mêmes de 1804 : telles la loi déjà citée du 2 août 1868, qui a abrogé l'article 1781, — et la loi du 27 décembre 1890, qui a profondément modifié l'article 1780 [1]. Les autres, sans toucher au Code de 1804, ont édicté des règles nombreuses et minutieuses, en s'inspirant des besoins de la vie industrielle et des tendances nouvelles qui se sont fait jour au point de vue social.

D'autre part, ce développement de la législation, loin de donner satisfaction à tout le monde, a fait naître l'idée que la réglementation du louage de services devait être complétée par des prescriptions nouvelles. De nombreux projets ont été déposés sur le bureau des Chambres [2] ; et toute une législation complète du louage de services

1. Voy. *infrà*, nos 674 et suiv.
2. Voy. Cabouat, *La législation ouvrière au Parlement*, dans les *Lois nouvelles*, 1907, 2e partie, p. 76 et suiv.

Mentionnons d'une manière spéciale le *Code du travail et de la prévoyance sociale*, voté par la Chambre des députés dans la séance du 15 avril 1905, et dont le Sénat a ajourné la discussion dans sa séance du 30 mars 1906. Ce projet contient les cinq premiers livres du nouveau Code. Le Ministre du commerce a déposé sur le bureau du Sénat, le 22 février 1906, un projet de loi destiné à devenir le livre VI du même Code.

Mentionnons, d'autre part, que le Ministre du commerce a déposé sur le bureau de la Chambre des députés, le 2 juillet 1906, un projet de loi ayant pour objet, aux termes mêmes de l'exposé des motifs, « de préciser le mode de « formation, les effets et le mode de résolution du contrat de travail, et de

a été élaborée, à titre privé, par des jurisconsultes [1].

Enfin, la multiplication des textes, soit en vigueur soit en projet, est apparue comme une complication risquant de devenir une gêne pour la pratique. L'idée s'est fait jour qu'il faut procéder à une codification des règles relatives au louage de services. Les uns soutiennent que cette codification doit trouver place à l'intérieur même du Code civil; ils demandent qu'un titre spécial nouveau soit inséré dans le Code à côté du titre *Du louage* et consacré au louage de services. Les autres font valoir que la législation du louage de services n'a de plus en plus que des rapports éloignés avec les principes du droit civil, qu'elle se rattache à la législation industrielle ; ils concluent de là que la codification des règles relatives au louage de services doit être laissée en dehors du Code civil et faire l'objet d'un Code spécial [2].

657. En attendant que ce Code ait vu le jour, nous allons essayer de dégager les règles les plus importantes qui ont été consacrées par les lois en ce qui concerne le louage de services.

Comme ces règles sont très nombreuses, comme elles ne présentent pour la plupart qu'un intérêt pratique et réglementaire, comme nombre d'entre elles ont beaucoup plus d'importance au point de vue économique et social qu'au point de vue juridique, et comme enfin elles se rattachent moins au Code civil qu'au droit industriel, nous nous con-

« fixer en même temps que les conditions de validité du contrat de travail les « conditions de validité du règlement d'atelier, complément du contrat de tra« vail ». Ce projet s'occupe, dans un titre spécial, de la convention collective de travail. Sur cette forme particulière du contrat de travail, voy. Pic, *loc. cit.*, p. 295 et suiv. — Raynaud, *Du contrat collectif de travail*, thèse soutenue à Paris en 1902, — et le *Bulletin de la Société d'études législatives*, année 1904, p. 465, — année 1907, p. 180, 208, 421, — année 1908, p. 32, 79, 287.

1. Voy. en particulier les délibérations et le projet de la *Société d'études législatives*, dans le *Bulletin* de cette Société, année 1904, p. 463, — année 1905, p. 499, — année 1906, p. 73, 86, 94, 153, 441, 453, — année 1907, p. 31, 61, 153, 173.

2. Voy. sur ces divers points, Glasson, *Le Code civil et la question ouvrière*, dans les *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1886, I, p. 843 et suiv., — Tissier, *Le Code civil et les classes ouvrières*, dans le *Livre du Centenaire* du Code civil, I, p. 71 et suiv., — et le rapport présenté par M. Thaller à la *Société de législation comparée* et à la *Société d'études législatives* à l'occasion du centenaire du Code civil, dans le *Bulletin de la Société d'études législatives*, année 1905, p. 30 et suiv. — Cpr. une communication de M. Lyon-Caen à la *Société d'économie politique*, dans le *Journal des Economistes*, octobre 1906, p. 80 et suiv. — et l'exposé des motifs du projet de loi du 2 juillet 1906, dans le *Journal officiel*, *Documents parlementaires de la Chambre*, p. 716 et suiv.

tenterons de signaler les principales, en fixant particulièrement notre attention sur celles qui ont un rapport avec les principes généraux du contrat de louage [1].

658. Avant de commencer cet exposé sommaire, il est intéressant de remarquer que la terminologie juridique s'est quelque peu modifiée, au point de vue qui nous occupe, depuis un certain nombre d'années. Le contrat de louage de services n'est plus habituellement désigné sous ce nom. L'usage s'est introduit et développé de désigner notre contrat sous le nom de contrat de travail [2]. Cette expression, inconnue du législateur de 1804 et longtemps étrangère au vocabulaire juridique, est à peu près la seule qui soit présentement usitée.

§ 1. — Conditions de validité du contrat.

659. Les conditions intrinsèques de validité du contrat de travail sont celles qui sont exigées pour la validité des contrats en général. Pour qu'un louage de services soit valable, quatre conditions sont requises : le consentement des parties [3], la capacité [4], un objet licite [5], un prix ou salaire convenu [6].

Nous n'avons rien de particulier non plus à signaler en ce qui concerne les conditions de forme. Le contrat de travail est un contrat consensuel [7], qui se forme par le seul accord des

1. Sur la nature du contrat de louage de services, voy. Pic, *loc. cit.*, p. 629,— Châtelain, *La nature du contrat entre ouvrier et entrepreneur*, Paris, 1902, — *Esquisse d'une nouvelle théorie sur le contrat de travail*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1904, p. 313, — *Une application de la nouvelle théorie du contrat de travail*, même *Revue*, 1905, p. 271, — *Nouvelles remarques sur le contrat de travail*, dans les *Questions pratiques de législation ouvrière*, 1906.

2. L'expression a été employée pour la première fois par le législateur dans l'article 1 de la loi du 18 juillet 1901, garantissant leur travail et leur emploi aux réservistes et aux territoriaux appelés à faire une période d'instruction militaire. Voy. Pic, *loc. cit.*, p. 629, n° 889.

3. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 36 et suiv., — Pic, *loc. cit.*, p. 654 ; — trib. de la Seine 30 décembre 1892, *La Loi* du 4 juillet 1893, — Besançon 5 juillet 1899, D. P. 1900.II.405.

4. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 82 et suiv., — Pic, *loc. cit.*, p. 655 et suiv.—En ce qui concerne le mineur et la femme mariée, voy. Rouen 4 février 1878, D. P. 1878.II.258, — Cass. 6 août 1878, D. P. 1879.I.400, Sir. 1879.I.65, — trib. de la Seine 25 octobre 1894, *Gazette du Palais*, 1894.II.587 ; — cpr. *L'état et la capacité des personnes*, tome I, p. 332.

5. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 94 et suiv.

6. *Ibid.*, p. 378.

7. *Ibid.*, p. 355.

volontés et qui existe indépendamment de tout écrit ayant pour objet d'en constater l'existence [1].

660. Par contre, la question de la preuve du contrat de travail est délicate et mérite de fixer l'attention.

661. Le Code de 1804 consacrait à cet égard une règle notable. Elle était formulée par l'article 1781, dont le texte primitif était ainsi conçu : « Le maître est cru sur son « affirmation, pour la quotité des gages, pour le paiement du « salaire de l'année échue, et pour les à-compte donnés « pour l'année courante. »

662. Pour l'intelligence de ce texte, deux situations sont à prévoir.

Si la convention, ce qui est rare en fait, a été constatée par écrit, aucune difficulté ne s'élève. On applique les règles soit de l'acte sous seing privé, soit de l'acte authentique, selon la forme à laquelle les parties ont eu recours.

Si, conformément à l'usage général, la convention a été faite verbalement, et qu'il s'élève une contestation entre le maître d'une part, le préposé, commis, employé, domestique, ouvrier, de l'autre, comment les prétentions des parties vont-elles s'établir ?

Les contestations peuvent porter : 1° sur l'existence de la convention, alléguée par l'un et niée par l'autre, — 2° sur la durée de l'engagement, l'existence de la convention n'étant pas mise en question, — 3° sur les conditions de l'engagement, spécialement sur le chiffre du traitement, du salaire ou des gages, — 4° sur les paiements prétendus effectués par le maître.

C'est aux deux derniers points de vue que l'article 1781 édictait une règle spéciale, qui constituait certainement une anomalie dans l'ensemble du droit moderne. Quand il s'agissait de la quotité des gages, du paiement de l'année échue et des à-compte payés sur l'année courante, le maître était cru sur son affirmation. Quelque défavorable qu'apparût la position du maître, qu'il y eût ou non un commencement de preuve par écrit, que la preuve testimoniale fût ou non admissible, le maître avait le droit d'imposer son affirmation et le juge ne pouvait que l'accepter. Nous avons rencontré

1. La formation du contrat de travail est facilitée par les bureaux de placement, longtemps régis par le décret-loi du 14 mars 1852, et présentement par la loi du 14 mars 1904. Voy. Pic, *loc. cit.*, p. 634 et suiv.

une règle analogue dans l'article 1716, à propos des baux à loyer ou à ferme[1]; mais l'article 1716 réserve au preneur la preuve contraire par voie d'expertise ; et au surplus, la rigueur de l'article 1716 s'explique par une circonstance qui suppose une faute de la part du preneur : le fait de ne produire aucune quittance[2]. Au contraire, l'article 1781 ne formule aucune réserve, de sorte que la règle apparaît extraordinairement rigoureuse.

Sur les autres contestations possibles, les règles ordinaires en matière de preuve restaient applicables. L'article 1781 ne les prévoyait pas ; et, comme il apportait une exception aux principes du droit commun, il ne pouvait pas recevoir une interprétation extensive.

663. D'ailleurs, une foule de questions de détail s'élevaient sur cet article 1781.

1° En quoi consistait l'affirmation dont parle le texte ? Etait-ce une affirmation pure et simple, ou une affirmation sous serment ?

2° A quelles personnes la disposition était-elle applicable ? Quels étaient au juste les cas dans lesquels on peut dire qu'il y a louage de services à ce point de vue, depuis le cas de l'apprenti auquel son patron donne cinquante centimes par jour, jusqu'au cas du ténor qui gagne cent mille francs par an ?

664. Ces questions sont sans intérêt depuis la loi du 2 août 1868, dont l'article unique porte : « L'article 1781 du Code « civil est abrogé. »

Il résulte de là que les règles du droit commun en matière de preuve sont applicables, sans restriction, au louage de services, soit qu'il s'agisse de l'existence, soit qu'il s'agisse des conditions de la convention, par exemple du prix, de la durée, etc.

665. Que le législateur de 1868 ait bien fait d'abroger l'article 1781, on ne saurait en douter. La règle de 1804, qui, en cas de contestation entre deux personnes, donnait à l'affirmation de l'une une autorité prépondérante était une anomalie dans un régime qui proclame l'égalité devant la loi. Il y a même lieu de s'étonner que l'article 1781 n'ait pas été abrogé avant 1868.

1. *Suprà*, p. 360 et suiv.
2. *Ibid.*, n° 508.

Toutefois, la loi du 2 août 1868 devait être l'occasion de nombreuses difficultés. On reconnaît qu'elle n'a pas réalisé es espérances qu'elle avait fait concevoir. Il aurait été facile de le prévoir.

Le législateur de 1868 a abrogé l'article 1781 sans rien mettre à la place ; pour la preuve du louage de services, il s'est contenté de renvoyer au droit commun. Or, en cela, le législateur a eu tort. En effet, ce qui expliquait l'article 1781, ce qui a motivé son insertion au Code et l'y a fait maintenir jusqu en 1868, ce n'est pas une pensée de dédain pour les classes laborieuses ; il y a longtemps que de telles idées n'ont plus cours en France. L'article 1781 a été motivé par l'insuffisance reconnue du droit commun à répondre aux exigences spéciales du louage de services ; cet article était un expédient, mauvais à coup sûr, mais adopté faute de mieux. On l'a abrogé ; et on a bien fait, puisqu'il était mauvais. Encore aurait-il fallu se souvenir de l'insuffisance du droit commun et ne pas se contenter purement et simplement d'y renvoyer [1].

666. Signalons quelques-unes des éventualités qui peuvent se produire en matière de louage de services. Et voyons de quelle preuve, dans chacune de ces éventualités, les parties pourront se servir.

Il y a deux faits dont il faut tenir compte, car ils sont universels et constants.

En premier lieu, l'usage n'est pas de constater par écrit les contrats de louage de services. Deux raisons expliquent qu'il en soit ainsi. D'abord l'habitude. Puis, voulût-on réagir contre l'habitude, l'insuffisance de l'instruction ; elle ne permet guère de rédiger de telles conventions en la forme sous seing privé, et on n'ira jamais devant un notaire pour les faire constater en la forme authentique.

En second lieu, l'usage n'est pas non plus, et pour le même motif, de délivrer des quittances pour les traitements, gages, salaires, payés aux employés, commis, domestiques, ouvriers. De là une foule de petites contestations que le Code voulait voir se terminer par un serment.

667. Cela dit, deux hypothèses sont à prévoir. Nous allons

1. Voy. à cet égard Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, VII, p. 341.

voir que le droit commun, seul applicable désormais, produit un effet très inégal suivant les cas ; il favorise outre mesure tantôt le maître, tantôt le domestique ou l'ouvrier.

Première hypothèse.

668. Le montant des gages réclamés ne dépasse pas cent cinquante francs. L'employé, l'ouvrier ou le serviteur est demandeur.

La preuve de son droit est facile. Le fait d'avoir travaillé dans l'atelier, d'avoir servi chez le maître, est notoire, indéniable ; il ne manquera pas de témoins pour l'attester. Le plus souvent, l'existence de la convention ne sera pas contestée, la quotité des gages sera reconnue, et la discussion portera sur le montant des paiements faits. Comment le maître, auquel son serviteur réclame une certaine somme à titre de gages, pourra-t-il établir qu'il a déjà payé tout ou partie de cette somme ?

L'intérêt du litige étant inférieur à cent cinquante francs, la preuve testimoniale est admissible en droit. Mais on ne fait pas venir de témoins pour payer ses ouvriers, surtout ses domestiques. Si le paiement a eu des témoins, ce seront les membres de la famille ; or ils sont incapables en ligne directe (article 268 C. proc. civ.) et reprochables en ligne collatérale jusqu'au quatrième degré (article 283 C. proc. civ.) ; ce fait intérieur du ménage a pour seuls témoins des personnes dont la loi récuse le témoignage. Que reste-t-il ? L'aveu ou le serment.

Voilà le maître singulièrement exposé. La règle édictée par l'article 1781 se trouve renversée ; en fait, au-dessous de cent cinquante francs, le maître est à la discrétion du domestique. L'article 1781 avait précisément été fait en vue de cette hypothèse. La confiance dans la sincérité des parties se mesure d'après l'intérêt qu'elles peuvent avoir à altérer la vérité ; dès lors, on avait pensé qu'il convenait d'ajouter foi à l'affirmation du maître plutôt qu'à celle du serviteur : en effet, il s'agit pour le maître d'une de ses dépenses habituelles, tandis qu'il s'agit pour l'ouvrier de tous ses moyens d'existence.

Le maître n'a que deux ressources.

La première est la prescription très courte établie à l'encon-

tre des serviteurs : prescription de six mois pour les ouvriers et gens de travail, d'un an pour les domestiques qui se louent à l'année (articles 2271 et 2272)[1].

La seconde est de prendre une quittance chaque fois qu'il fait un paiement. Mais il est évidemment peu pratique, pour un chef d'industrie qui emploie une centaine d'ouvriers ou plus, de leur faire signer chaque semaine des états d'émargement.

669. Donc la loi, dans l'hypothèse qui nous occupe, est entièrement favorable à l'ouvrier, qui peut établir facilement l'existence de sa créance. Elle expose gravement le maître, qui est dans l'impossibilité presque absolue de prouver sa libération.

Aussi l'abrogation de l'article 1781 a-t-elle produit un résultat singulier, complètement opposé à celui que le législateur de 1868 se proposait ; elle a diminué les garanties de l'ouvrier. Et cela tient à ce qu'une sorte de réaction s'est opérée ; la loi de 1868 faisant au maître une situation trop dure, la réaction a compromis, en fait et à l'inverse, les droits de l'employé.

On jugera de l'importance et de la portée pratique de cette réaction en lisant les considérants d'un jugement du tribunal de la Seine en date du 1er mars 1878[2] : « Lorsqu'il est cons« tant que le maître soldait régulièrement et par mois les « gages de son serviteur, la continuation par ce dernier de « son service pendant plusieurs semaines, sans protestation « ni réserves, établit suffisamment la libération antérieure du « maître au terme d'usage. La charge de prouver que les gages « d'un mois précédent sont encore dus incombe alors au ser« viteur qui les réclame. » Ainsi, sous l'empire de l'article 1781, il fallait au moins une affirmation solennelle, peut-être un serment[3] ; désormais, il suffira d'une induction tirée des habitudes du maître. Le domestique sera considéré comme payé de son salaire par cela seul qu'il aura consenti à en attendre le paiement, ce qui est une violation flagrante de l'article 1315 alinéa 2[4].

1. Voy. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, 1re édition, nos 713 et suiv.
2. *Le Droit* du 12 mai.
3. Voy. *suprà*, n° 663.
4. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 581.

Seconde hypothèse.

670. La demande est supérieure à cent cinquante francs.

En principe, ni la preuve testimoniale (article 1341) ni les présomptions (article 1353) ne sont admissibles[1]. Dans l'hypothèse précédente, le droit commun est rigoureux pour le maître ; dans l'hypothèse présente, il est d'une rigueur impitoyable pour l'ouvrier ou le domestique.

L'ouvrier veut établir l'existence de sa créance. Supposons que le maître nie injustement devoir la somme réclamée. La charge de prouver le montant de la dette incombe au demandeur, à l'ouvrier ou au domestique. A quel mode de preuve va-t-il pouvoir recourir ?

La preuve testimoniale n'est pas recevable, puisque nous sommes, par hypothèse, en présence d'une demande supérieure à cent cinquante francs.

Reste alors le serment. Le serviteur déférera le serment décisoire au maître (articles 1358 et suivants)[2]. Alors la contestation sera tranchée par l'affirmation du maître, comme sous l'empire de l'article 1781, que le législateur de 1868 a voulu abroger. Sans doute il y a cette différence que l'affirmation du maître, sous le régime antérieur à 1868, s'imposait au serviteur, tandis que le serviteur est désormais libre de déférer ou non le serment au maître ; mais cette liberté est seulement apparente, car il faut bien que le serviteur fasse la preuve, et qu'il recoure à cet effet au serment décisoire, puisqu'aucun autre mode de preuve n'est à sa disposition [3]. Le serviteur qui réclame, à titre de gages, une somme supérieure à cent cinquante francs n'aura rien gagné à l'abrogation de l'article 1781.

671. La conclusion qui s'impose est qu'on a fait peut-être, autour de la loi de 1868, plus de bruit qu'elle ne valait.

1. *Les contrats et les obligations*, p. 640 et suiv., — p. 595.
2. *Ibid.*, p. 657.
3. Nous ne parlons ici que du serment décisoire (*Les contrats et les obligations*, p. 657). Quant au serment déféré d'office par le juge (articles 1366 et suivants), il n'apparaît pas comme étant d'usage possible dans l'hypothèse qui nous occupe, car les conditions auxquelles l'article 1367 subordonne la délation de ce serment (*ibid.*, p. 659) ne sauraient guère être remplies.

A supposer qu'elles le soient, deux éventualités peuvent se présenter. Ou bien le serment sera déféré par le juge au maître ; alors on sera ramené au régime de l'article 1781, et cela sans que le serviteur ait en aucune manière consenti, comme il le fait en déférant lui-même le serment décisoire, à s'in-

Pendant longtemps, de 1868 à 1890, les difficultés résultant de l'abrogation de l'article 1781 ont été tempérées, dans une certaine mesure, par l'institution du livret obligatoire des ouvriers, qui était à la fois une institution de police et une institution de droit civil facilitant la preuve des engagements respectifs du patron et de l'ouvrier. Mais cette institution, si elle pouvait présenter certains avantages au point de vue spécial qui nous occupe, se heurtait d'autre part à des objections d'une extrême gravité ; aussi a-t-elle été supprimée par la loi du 2 juillet 1890 [1].

A l'heure actuelle, les difficultés relatives à la preuve du louage de services sont inextricables.

Le meilleur serait qu'on prît l'habitude de régler par écrit le louage de services. Mais cela est tellement contraire à l'usage que la seule proposition de dresser acte empêcherait un projet d'aboutir.

Sans doute l'article 1781 ne remédiait aux difficultés qui nous occupent que d'une façon défectueuse, en donnant au maître le droit exclusif d'être cru sur son affirmation. Mais puisqu'on touchait à cette règle, le moment n'était-il pas bien choisi pour élaborer une réglementation complète ?

Il y a quelque chose à faire dans cet ordre d'idées. Peut-être conviendrait-il d'autoriser par exception l'emploi de la preuve testimoniale au-dessus de cent cinquante francs, soit au profit de l'ouvrier, soit au profit du maître. Peut-être faudrait-il reconnaître une certaine force probante aux livres tenus par les chefs de maison.

Ce qui est certain, c'est qu'il existe, en cette matière, une lacune [2] qu'il eût été naturel de combler dans la loi même qui abrogeait l'article 1781 [3]. On a songé aux inconvénients de

cliner devant l'affirmation du maître. Ou bien le serment sera déféré au serviteur ; alors le résultat, pour être inverse du résultat auquel on aboutissait sous l'empire de l'article 1781, n'en sera pas moins choquant.

1. Voy. sur les livrets et sur la loi de 1890 qui les a supprimés : Sauzet. *Le livret obligatoire des ouvriers*, dans la *Revue critique de droit*, année 1890. — Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle*, 2e édition, p. 650 et p. 841 et suiv. ; — enfin la notice de M. Hubert-Valleroux sur la loi du 2 juillet 1890, dans l'*Annuaire de législation française* publié par la *Société de législation comparée*, 10e année (1891), p. 99 et suiv.

2. Voy. sur ce sujet un article de M. Peaucellier dans la *Revue critique de droit*, année 1869, p. 513 et suiv.

3. Nous avons eu déjà l'occasion de signaler qu'un projet de loi sur le contrat de travail a été déposé sur le bureau de la Chambre des députés, et que la *Société d'études législatives* a élaboré, de son côté, un projet sur le même

l'article 1781, non à la situation légale qui devait résulter de l'abrogation de ce texte ; et de là sont venus tous les embarras [1].

§ 2. — **Effets du contrat.**

672. Le contrat de travail, étant un contrat synallagmatique, engendre des obligations à la charge des deux parties contractantes.

Le maître doit payer le salaire [2]. Il doit fournir à l'ouvrier les moyens d'exécuter le travail promis, par exemple en mettant à sa disposition le local, la machine, les outils nécessaires pour l'exécution du travail [3]. Il doit assurer la sécurité de l'ouvrier et prévenir ou réparer les accidents du

objet. L'article 8 du projet de loi, reproduisant l'article 7 du projet de la *Société*, est ainsi conçu : « En matière de contrat de travail, la preuve testi« moniale est toujours admise à défaut d'écrit, quelle que soit la valeur du « litige. » Voy. le *Bulletin de la Société d'études législatives*, année 1906, p. 80, 429 et 509.

1. Ces embarras sont atténués dans une certaine mesure par la pratique, si défectueuse à d'autres égards, des règlements d'ateliers. Voy. Pic, *loc. cit.*, p. 650, 703 et suiv., — Cailleux, *Les règlements d'ateliers en France*, dans la *Revue d'économie politique*, 1901, p. 890 et 985.

2. Nous ne pouvons présenter ici même une simple esquisse de la théorie des salaires. Cette théorie se présente sous un double aspect, économique et juridique.

Sur la protection du salaire à l'encontre du patron (irrégularités dans les paiements, retenues, amendes, détournement ou mauvaise gestion des fonds prélevés sur le salaire pour être versés à des caisses de secours ou de retraites, *truck system*, économats, etc.), voy, Pic, *loc. cit.*, p. 687, texte et note 1, p. 740 et suiv., — *Revue politique et parlementaire*, tome XVI, p. 150, — *Revue d'économie politique*, 1899, p. 94 ; — cpr. les délibérations de la Chambre des députés des 4 juin 1907 et jours suivants.

Sur la protection du salaire à l'encontre des créanciers de l'ouvrier, voy. Pic, *loc. cit.*, p. 712 et suiv., et p. 715, note 2, — et la loi du 12 janvier 1895, sur la saisie-arrêt des salaires et petits traitements, dont nous avons parlé dans *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 32.

Sur la protection du salaire contre l'insolvabilité du patron, voy. Pic, *loc. cit.*, p. 727, — Glasson. *Le Code civil et la question ouvrière*, *loc. cit.*, p. 877, — *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 324, 384, 410.

Sur la distinction du salaire au temps et du salaire à la tâche, et sur la participation aux bénéfices, voy. Pic, *loc. cit.*, p. 659 et suiv.

Sur la détermination légale d'un minimum de salaire, voy. Pic, *loc. cit.*, p. 669 et suiv. — Aucun minimum légal de salaires n'a été imposé par la loi dans l'industrie privée. Mais trois décrets, en date du 10 août 1899, dont la légalité a d'ailleurs été contestée (Beauregard, *Revue d'économie politique*, 1899, p. 827 et suiv.), ont établi un minimum de salaires dans les marchés de travaux publics exécutés pour le compte de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics. Voy. sur ces décrets, Pic, *loc. cit.*, p. 681 et suiv.

3. Voy. Pic, *loc. cit.*, p. 747.

travail [1]. Enfin, il doit se conformer à l'ensemble des règles qui ont été posées par un grand nombre de lois récentes en ce qui concerne les conditions du travail [2] ; en particulier, il doit observer les prescriptions légales relatives à la durée maxima de la journée de travail [3], et assurer à ses ouvriers la jouissance du repos hebdomadaire conformément à la loi du 13 juillet 1906.

L'ouvrier, de son côté, doit fournir en personne les services promis [4]. Il ne doit ni révéler à qui que ce soit les secrets ou procédés de fabrication du patron, ni faire usage de

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 769 et suiv. — Nous avons signalé déjà que la loi du 9 avril 1898 a substitué la théorie du risque professionnel à la théorie de la faute dans l'ordre d'idées qui nous occupe. Voy. *ibid.*, p. 770 ; — cpr. Pic. *loc. cit.*, p. 748 et suiv.— La loi de 1898 a été complétée ou modifiée par les lois des 30 juin 1899, 22 mars 1902, 31 mai 1905 et 12 avril 1906. Il est question d'en étendre l'application aux maladies professionnelles (projet de loi déposé sur le bureau de la Chambre le 14 juin 1906, *Journal officiel, Débats parlementaires de la Chambre*, année 1906, p. 1956, et *Documents parlementaires de la Chambre*, année 1906, session ordinaire, p. 557), aux accidents du travail survenus aux ouvriers et employés des exploitations de l'Etat (projet de loi déposé sur le bureau de la Chambre le 14 juin 1906, *Journal officiel, Débats parlementaires de la Chambre*, année 1906, p. 1956, et *Documents parlementaires de la Chambre*, année 1906, session ordinaire, p. 551),et aux exploitations agricoles (projet de loi déposé sur le bureau de la Chambre le 14 juin 1906, *Journal officiel, Débats parlementaires de la Chambre*, année 1906, p. 2387, et *Documents parlementaires de la Chambre*, année 1906, session extraordinaire, p. 34).

2. Voy. décrets des 26 janvier et 4 février 1892, sur le travail des enfants dans certains établissements industriels, — loi du 2 novembre 1892, sur le travail des enfants et des femmes dans les établissements industriels, — décret du 13 mai 1893, sur le même sujet. — loi du 12 juin 1893, sur l'hygiène et la sécurité des travailleurs dans les établissements industriels, — loi du 30 mars 1900, modifiant celle du 2 novembre 1892, — loi du 11 juillet 1903, modifiant celle du 12 juin 1893, — décret du 28 juillet 1904, pour l'application des lois des 12 juin 1893 et 11 juillet 1903, — décret du 29 novembre 1904, relatif à l'hygiène et à la sécurité des ouvriers et employés, — décret du 6 août 1905, modifiant l'article 5 du précédent.

3. Décret du 17 mai 1851, modifié par le décret du 3 avril 1889, — arrêtés ministériels des 4 et 23 novembre 1899, 20 mai 1902 et 9 mai 1906, réglementant la durée du travail et du repos des mécaniciens et chauffeurs des chemins de fer, — arrêté du 10 octobre 1901, réglementant la durée du travail effectif des agents des chemins de fer,— décret du 28 mars 1902, réglementant la durée du travail effectif journalier des ouvriers adultes, — décret du 10 décembre 1899, relatif au travail des adultes.

4. Voy. Pic, *loc. cit*, p. 840, — conseil des prud'hommes de Paris 10 août 1892, *Journal des prud'hommes*, 1892.I.236, — trib. de com. de Nantes 12 mars 1898, *Le Droit* du 19 août. — Le locateur doit se conformer aux ordres du patron,sauf toutefois si ces ordres ont un caractère illicite : Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*, 2e édition, II, n° 1685,— trib. de la Seine 2 novembre 1895, *Gazette du Palais*. 1895.II.731.

ces procédés dans son intérêt personnel[1]. Enfin il est responsable des détériorations causées par sa faute au matériel confié à ses soins, et du retard dans l'exécution, en tant que ce retard provient de sa faute ; toutes règles qui ne sont pas autre chose que l'application du droit commun.

§ 3.— Cessation du contrat.

673. Le contrat de travail peut être contracté soit pour une durée déterminée, soit sans indication de durée. Les deux hypothèses doivent être envisagées séparément.

Première hypothèse.

674. Elle est visée par l'article 1780 : « On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée.»

Deux cas sont prévus par le texte.

D'abord, le cas d'un contrat de travail conclu « pour une entreprise déterminée ». L'exemple classique est celui des ouvriers agricoles engagés pour la fenaison, la moisson ou les vendanges ; ils sont liés pendant la durée de l'opération en vue de laquelle ils ont été engagés.

Ensuite, le cas d'un contrat de travail conclu pour un temps.

Il arrive parfois que la durée du contrat soit fixée par l'usage des lieux. C'est ce qui se produit pour les ouvriers agricoles. La règle a été consacrée, en ce qui les concerne, par l'article 15 de la loi du 9 juillet 1889[2].

Le plus souvent, la durée du contrat est fixée par l'accord des parties. Mais les parties ne jouissent pas d'une liberté complète à cet égard. Le texte dit : « On ne peut engager ses « services qu'à temps ». Cela revient à dire qu'on ne peut pas s'engager pour la vie. La convention faite pour une pareille

1. Voy. Pic, *loc. cit.*, p. 840, — Aubry et Rau, 4e édition, IV, § 374, p. 534, texte et note 33, — Laurent, *Principes*, XXVI, n° 37 ; — Cass. 28 avril 1862, D. P. 1863.I.250, — Grenoble 18 juin 1869, D. P. 1870 II.149, — Cass. 15 février 1892, D P. 1882.I.364, Sir. 1892.I.143.

2. On peut citer, dans un ordre d'idées voisin, l'Edit royal du 9 décembre 1729, considéré par la jurisprudence comme toujours en vigueur, et qui décide que les ouvriers attachés au service d'une forge ne peuvent quitter cette forge pour aller travailler dans une autre, à peine de trois cents livres, tant que le haut-fourneau est encore en feu. Voy. Bourges 23 août 1839, Sir. 1839.II.526, — et Cass. 21 juillet 1860, D. P. 1860.I.371.

durée serait nulle[1]. Elle ne donnerait lieu à aucune action en justice ; chacune des parties serait libre de se refuser à l'exécution, sans être tenue de ce chef à des dommages-intérêts. La règle est d'ordre public.

Il est de l'essence de tout louage, du louage de choses comme du louage d'ouvrage, d'être temporaire [2]. Non temporaire, le louage de choses équivaudrait à une aliénation, le louage de services à une abdication de la liberté. Si le louage à vie était autorisé et se généralisait, il aboutirait au rétablissement d'une sorte d'esclavage conventionnel.

L'idée de la loi est si bien celle-là qu'elle interdit d'engager ses services autrement qu'à temps, mais n'interdit pas de s'engager à garder sa vie durant une personne déterminée à son service. La prohibition de l'article 1780 s'adresse au *locator*, non au *conductor* ; l'engagement perpétuel pris par celui-ci serait obligatoire, sauf à être résolu en cas d'inexécution par l'autre partie des obligations à la charge de celle-ci. Le texte est formel ; ce qu'il interdit de faire autrement qu'à temps, c'est « d'engager ses services ».

675. D'ailleurs, si l'article 1780 est formel quant à la nécessité d'une limitation, il est muet quant à la durée *maxima* possible de l'engagement.

Quelle peut être cette durée ? En ce qui concerne le louage de choses, qui lui aussi est nécessairement temporaire (article 1709), nous avons vu [3] que la loi de 1791 fixe la durée *maxima* à quatre-vingt-dix-neuf ans, autrement dit à trois existences d'homme. En ce qui concerne le louage de services, le principe de la limitation est posé comme essentiel ; mais la durée *maxima* reste indéterminée, sauf dans quelques cas exceptionnels. Citons comme exemple la loi du 22 germinal an XII : « L'engagement d'un ouvrier ne pourra excéder un « an, à moins qu'il ne soit contremaître, conducteur des au- « tres ouvriers, ou qu'il n'ait un traitement et des conditions « stipulées par un acte exprès. »

L'idée de la loi paraît être celle-ci : l'engagement doit être limité de telle façon qu'il ne compromette pas la liberté individuelle dans ce qu'elle a d'essentiel. L'homme qui a devant lui *longi ævi spatium* n'aliène pas sa liberté en s'engageant pour dix, quinze ou même vingt ans ; celui qui est

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 107, n° 201.
2-3. Cpr. *suprà*, p. 347.

au terme de sa carrière se vendrait réellement s'il s'engageait pour quelques années.

Aussi faut-il élargir la portée de l'article 1780. La prohibition qu'il établit s'étend aux engagements qui, sans être ouvertement conclus pour la vie entière, sont conclus pour un temps tellement long qu'ils aboutiraient, selon toute probabilité, à lier jusqu'à la mort ceux qui les contractent. Par exemple, le contrat qui enchaîne un travailleur à une société anonyme pour toute l'existence de celle-ci tombe sous la prohibition de l'article 1780, parce que la durée d'un pareil engagement est telle qu'il équivaut à une abdication de la liberté.

Où est la limite ? C'est une question de fait, laissée à l'appréciation des tribunaux.

676. Dans la limite légale, en d'autres termes pourvu qu'il n'y ait pas engagement perpétuel, l'engagement est obligatoire.

Cette règle constitue l'une des différences notables qui séparent le louage de services du mandat, et qui donnent un intérêt à la question précédemment signalée [1] de savoir quelle est la différence entre le louage de services et le mandat. Bien entendu, la règle indiquée reste applicable au louage de services qui se dissimulerait sous le nom de mandat.

Si la durée de l'engagement est déterminée, chacun des contractants doit exécuter l'engagement jusqu'au terme fixé.

Cependant, il peut arriver que les obligations des parties prennent fin avant l'arrivée du terme. Il en est ainsi, d'abord, lorsque les parties tombent d'accord pour mettre fin au contrat [2]. De même lorsque l'une des parties fait prononcer la résolution du contrat pour inexécution des obligations de l'autre partie [3] ; comme il s'agit d'une obligation de faire, les engagements des parties ne comportent pas d'exécution forcée directe, et ils se résolvent, au cas d'inexécution, en dommages-intérêts (article 1142) [4]. Enfin, le contrat peut prendre fin avant l'arrivée du terme par l'effet de la mort

1. Voy. *suprà*, p. 473.
2. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 181.
3. *Ibid.*, p. 385 et suiv. — Sur les causes de résiliation du contrat de travail, voy. Pic, *loc. cit.*, p. 855, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e édition, II, nos 2219 et suiv.
4. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 260 et suiv.

de l'ouvrier[1], d'une force majeure[2], et aussi par l'effet de la faillite du patron sous certaines conditions[3].

Peut-être conviendrait-il d'ajouter la grève et le *lock-out* à la liste des causes mettant fin au contrat avant l'arrivée du terme. Mais la question est controversée de savoir si la grève a pour effet de rompre ou seulement de suspendre le contrat de travail.

La plupart des auteurs inclinent dans le sens de cette dernière opinion[4]. Sans doute il y a, dans toute grève, rupture de fait entre le patron et les ouvriers, puisqu'ils ne s'entendent pas. Mais il n'y a pas destruction juridique du contrat[5]. D'une part, il y a beaucoup de grèves dans lesquelles le but visé n'est pas d'obtenir du patron une modification des conditions du contrat, mais le renvoi d'un ouvrier ou d'un contre-maître ; aussitôt le renvoi obtenu, le travail reprend sans que personne songe à conclure un nouveau contrat, preuve manifeste que le contrat primitif avait été considéré comme simplement suspendu. D'autre part, et à supposer même que la grève ait pour but une modification des conditions du contrat de travail, le patron et les ouvriers ne se considèrent pas moins comme demeurant liés par le contrat, dont l'exécution est seulement suspendue ; la preuve en est que souvent le patron déclare qu'il considérera comme exclus de son personnel les ouvriers qui n'auront pas repris le travail à tel

1. Voy. Pic, *loc. cit.*, p. 853, — Guillouard, *Louage*, 3ᵉ édition, II, nº 731. — Certains auteurs estiment que la mort du patron est également un mode d'extinction du contrat : Guillouard, *loc. cit.*, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2ᵉ édition, II, nº 2218.

2. On peut citer comme exemples : le cas où une infirmité met l'ouvrier dans l'impossibilité de continuer son travail (trib. de la Seine 19 janvier 1893, *La Loi* du 9 février), — le cas d'envahissement du territoire en temps de guerre (Nancy 14 juillet 1871, D. P. 1871.II.158). — Ne constitue pas un cas de force majeure l'appel sous les drapeaux pour une période obligatoire d'instruction d'un militaire appartenant à la réserve ou à l'armée territoriale. Voy. la loi du 18 juillet 1901, articles 1 et 3 (*suprà*, p. 481, note 2).

3. Pour que la faillite résolve le contrat, il faut qu'elle mette fin à l'exploitation ou à l'entreprise du maître. Sinon, le contrat passé entre l'ouvrier et le patron peut continuer à produire ses effets. — Au cas où l'entreprise prend fin par suite de la faillite ou de la liquidation judiciaire, il y a controverse sur le point de savoir si les ouvriers ou employés ont le droit de réclamer à la faillite une indemnité de résiliation. Voy. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, vº *Faillite*, nº 431.

4. Voy. pour les références la note de M. Planiol dans D. P. 1904.I.289, — et la note de M. Ambroise Colin dans D. P. 1907.I.369.

5. La plupart des termes de cette argumentation sont empruntés textuellement à la note précitée de M. Planiol.

date, d'où il résulte que les grévistes n'ont pas cessé, comme tels et *ab initio*, d'être les ouvriers de leur patron.

La jurisprudence est cependant contraire [1]. L'ouvrier qui se met en grève, dit un arrêt [2], rend ainsi impossible, par son fait volontaire, la continuation de l'exécution du contrat de travail ; et cet acte, s'il n'est pas interdit par la loi pénale, n'en constitue pas moins de la part de l'ouvrier une rupture caractérisée du contrat. Si cette manière de voir pouvait être admise, la grève serait une cause de cessation du contrat avant l'arrivée du terme.

Seconde hypothèse.

677. Lorsque le contrat de travail a été fait sans détermination de durée, il peut être rompu par la survenance de l'un des événements que nous venons d'énoncer [3]: convention des parties, résolution du contrat prononcée par justice, mort de l'ouvrier, force majeure et faillite du patron, — enfin grève ou *lock-out*, au moins dans l'opinion de ceux qui voient dans la grève une cause de rupture du contrat de travail [4].

En outre, le contrat peut être rompu par la volonté d'une seule des parties. Ce mode spécial d'extinction s'appelle le congé unilatéral. Il mérite d'autant plus de fixer l'attention qu'il a fait objet d'une loi spéciale d'importance considérable : la loi du 27 décembre 1890.

678. Pour étudier utilement les dispositions introduites par cette loi, il est indispensable de commencer par indiquer quels étaient les principes régissant la matière du congé unilatéral antérieurement à 1890.

1° Il était admis sans conteste que le contrat de travail conclu sans détermination de durée pouvait toujours cesser par la volonté de l'une des parties contractantes [5]. La jurisprudence [6] rattachait cette règle au principe posé par l'arti-

1. Cass. 18 mars 1902, D. P. 1902.I.323, — 4 mai 1904, D. P. 1904.I.289, — 13 novembre 1906, D. P. 1907.I.372, — 15 mai 1907, D. P. 1907.I.369.
2. Cass. 15 mai 1907, précité.
3. Voy. *suprà*, p. 493 et 494.
4. *Ibid.*, p. 494 et 495.
5. Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 514, — Guillouard, *Louage*, 3e édition, II, n° 718, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e édition, II, n° 1486.
6. Voy. Cass. 21 juillet 1873, D. P. 1874. V. 322, — 5 août 1873, D. P. 1874.I.65, — 10 mai 1875, D. P. 1875.I.198 et la note, Sir. 1875.I.264, — 10 mai 1876, D. P. 1876.I.424, Sir. 1876.I.256, — 4 août 1879, D. P. 1880.I.272, — 2 mai 1881, D. P. 1882.I.164. Sir. 1882.I.304.

cle 1780 primitif : « On ne peut engager ses services qu'à « temps ou pour une entreprise déterminée. » Le raisonnement était le suivant : si les services ont été engagés sans que la durée de l'engagement ait été fixée au contrat, il faut bien que chacun des contractants puisse se dégager sans le consentement de l'autre, faute de quoi chacun d'eux se trouverait lié pour une durée indéterminée.

2° Le Code de 1804 ne posant aucune règle sur la mise en œuvre de cette faculté réciproque de résiliation reconnue aux parties, l'usage avait réglé les formes et les conditions d'exercice du congé ; notamment, il avait établi qu'un certain délai doit être ménagé entre la dénonciation du contrat et la cessation du travail, délai variable suivant les lieux, suivant les professions, suivant les prescriptions des règlements d'ateliers [1]. La partie qui donnait congé sans se conformer aux règles consacrées par l'usage ou aux stipulations soit expresses soit tacites du contrat était passible de dommages-intérêts ; les stipulations du contrat pouvaient écarter l'application des règles consacrées par l'usage, et de pareilles stipulations intervenaient fréquemment [2].

3° A la charge de se conformer soit aux règles consacrées par l'usage, soit aux stipulations du contrat, il était reconnu que la partie qui donne congé ne fait qu'exercer son droit. Et l'on tirait de cette idée deux conséquences.

D'abord, la partie qui veut donner congé jouit d'une liberté complète à cet égard. Elle peut le faire sans avoir à justifier qu'il existe des motifs plausibles à l'appui du congé ; aucune indemnité ne peut être réclamée par l'autre partie sous prétexte que le congé aurait été donné sans raisons graves.

En second lieu, la partie qui reçoit le congé ne peut réclamer aucune indemnité à raison du préjudice qui en résulte pour elle : *neminem lædit qui suo jure utitur*. Toutefois, nous avons dit dans une autre partie du *Cours* [3] que

1. Planiol, *Traité élémentaire*, 4e édition, II, n° 1884. — L'application de ces usages avait donné lieu à des difficultés : Cass. 8 février 1859, D. P. 1859.I.57, — Orléans 4 août 1865, D. P. 1865.II.128, — Lyon 3 février 1872, D. P. 1873. II.33, — Paris 15 février 1873, D. P. 1873.II.143, — Alger 4 juin 1877, D. P. 1878.II.16, — Toulouse 24 juin 1882, D. P. 1884.II.140.

2. Voy. Cass. 7 août 1877, D. P. 1878.I.384, — 4 août 1879, D. P. 1880.I.272, Sir. 1880.I.35, — 11 mai 1886, D. P. 1887.I.30, *Pandectes françaises périodiques*, 1886.I.134.

3. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 754 et 763.

la maxime en vertu de laquelle l'exercice d'un droit ne constitue pas une faute ne saurait être admise d'une manière absolue et que l'exercice abusif d'un droit est une faute. La jurisprudence antérieure à 1890, faisant application de cette idée générale, décidait que la partie congédiée a droit à des dommages-intérêts, par application de l'article 1382, si la faute de l'autre partie résulte de certaines circonstances. La charge de prouver l'existence de la faute était regardée comme incombant à la partie qui a reçu le congé, le fait que l'auteur du congé n'a pas justifié de motifs plausibles ne suffisant pas à le constituer en faute, et l'existence démontrée de plausibles motifs ne suffisant pas à établir l'absence de faute. Il y a faute, disait-on, toutes les fois que l'auteur de la rupture a non seulement connu le préjudice résultant de la rupture, mais voulu intentionnellement causer ce préjudice[1].

4° Lorsqu'il y avait lieu d'allouer une indemnité en cas de résiliation, on éprouvait quelque embarras à décider quels étaient les éléments dont les juges devaient tenir compte pour en fixer le chiffre. L'idée commune était que les juges du fait ont un pouvoir souverain d'appréciation à cet égard, et qu'ils doivent tenir compte de tous les éléments propres à déterminer l'étendue du préjudice souffert. Toutefois, la jurisprudence décidait que les Compagnies de chemins de fer pouvaient congédier leurs employés sans leur tenir compte des versements par eux effectués pour les caisses de retraites[2].

1. Cass. 5 février 1872, D. P. 1873.I.63, Sir. 1872.I.132,— 5 août 1873, D. P. 1874.I.65, Sir. 1873.I.470, — 28 avril 1874, D. P. 1874.I.304, Sir. 1874.I.255, — 10 mai 1875, D. P. 1875.I.198, Sir. 1875.I.264, — 2 mai 1881, D.P. 1882.I.164, Sir. 1882.I.304, — 17 mai 1887, D.P. 1887.I.410. — Cette jurisprudence de la Cour de cassation avait rencontré une résistance très vive auprès des Cours d'appel. Celles-ci, invoquant l'article 1135, aux termes duquel les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité comporte (*Les contrats et les obligations*, p. 177), déclaraient que si les parties ont le droit de rompre le contrat par déclaration unilatérale de volonté, du moins chacune d'elles a le devoir de ne pas congédier l'autre brusquement, sans motifs plausibles : Paris 9 mai 1865, D. P. 1865.II.106, Sir. 1865. II. 105, — 2 août 1872, D.P.1874. V. 322, — trib. de Marseille 2 août 1878, D. P. 1879.II.162, — Bordeaux 22 août 1883, D. P. 1884.II.225, — Paris 11 janvier 1887, D. P. 1888.II.22, Sir. 1887.II.80. — Voyez pour l'analyse de cette jurisprudence, Thaller, *Annales de droit commercial*, 1886, p. 113, — Sauzet, *loc. cit.*, n[os] 16 à 22.

2. Voy. sur ce point : Cass. 5 août 1873, D. P. 1874.I.65, Sir. 1873.I.470,— 28 avril 1874, D. P. 1874.I.304, Sir. 1874.I.255, — 4 août 1879, D.P. 1880.I. 272, Sir. 1880.I.35,— Paris 11 janvier 1887, D. P.1888.II.22, Sir. 1887.II.80.

5° Les parties au contrat de travail pouvaient, par clauses spéciales, soit modifier les règles consacrées par l'usage relativement à la forme et aux délais du congé, soit arbitrer d'avance le montant des dommages-intérêts pouvant être dus à la partie congédiée tant pour inobservation des formes et délais que pour abus de droit. La jurisprudence considérait comme valables les clauses par lesquelles les parties avaient renoncé d'avance à toute indemnité pour inobservation des formes et délais ; mais elle refusait de considérer comme valables les clauses par lesquelles les parties avaient renoncé d'avance à toute indemnité pour abus de droit ; en cela, elle ne faisait qu'appliquer à l'ordre d'idées qui nous occupe la règle générale en vertu de laquelle les clauses d'exonération sont illicites en matière de responsabilité délictuelle [1].

679. Tels sont les principes qui régissaient la matière du congé unilatéral antérieurement à 1890.

Cet ensemble de règles recevait des applications journalières. Il importe, en effet, de remarquer que les contrats de travail à durée indéterminée sont ceux qui lient l'immense majorité des travailleurs : domestiques, ouvriers, employés de commerce, commis, placiers, garçons de café ou de restaurant, concierges, même les agents d'assurances, artistes de théâtre et rédacteurs de journaux [2].

680. Pendant longtemps, ces diverses catégories de personnes ont supporté sans peine la situation précaire qui résultait pour elles des règles dont nous venons de parler.

Il est facile de comprendre pourquoi, spécialement en ce qui concerne les ouvriers et employés. Sans doute, ils se trouvaient exposés au danger d'être congédiés par leur patron *ad nutum* et sans indemnité. Mais ils avaient, en compensation, l'avantage de pouvoir quitter leur patron

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 823 et suiv.

2. Voy. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, 2e édition, II, nos 1638 et suiv., — Planiol, *op. cit.*, 4e édition, nos 1831 et 1832. — Sur l'application de l'article 1780 aux diverses catégories de salariés, voy. Cass. 8 février 1859, D. P. 1859.I.57, Sir. 1859.I.102, — 5 février 1872, D. P. 1873.I.64, Sir. 1872.I.132, — Paris 17 août 1872, D. P. 1872.V.310, Sir. 1872.II.183, — Cass. 21 juillet 1873, Sir. 1873.I.470, — 28 avril 1874, D. P. 1874.I.304, Sir. 1874.I.255, — Rennes 24 juillet 1874, Sir. 1874.II.244, — Cass. 10 mai 1875, Sir. 1875.I.264, — 10 mai 1876, D.P.1876.I.424, — 4 août 1879, D. P. 1880.I.272, — Paris 11 janvier 1887, Sir. 1887.II.80, — 17 mai 1887, Sir. 1887.I 378, — Cass. 18 juillet 1892, D.P. 1892.I.585 (note de M. Planiol).

quand ils le voulaient, sans avoir de raisons à donner ; ce qui leur permettait de profiter immédiatement des augmentations de salaires venant s'offrir à eux.

L'avantage était considérable. Il n'a pas empêché que les inconvénients du régime aient paru l'emporter. Ceux-ci ont été ressentis d'une façon particulièrement grave par les employés et ouvriers des chemins de fer, dont la situation était rendue plus pénible à cet égard par la jurisprudence que nous avons signalée précédemment[1]. Ce sont eux qui ont élevé les premières protestations contre l'article 1780 primitif, demandant à être garantis contre les renvois arbitraires, à ne pouvoir être renvoyés que pour des motifs légitimes sous peine de dommages-intérêts[2].

Depuis 1872, le Parlement a été saisi d'une série de propositions[3] plus ou moins conçues en ce sens, longuement discutées et amendées, abandonnées puis reprises et combinées, et qui ont abouti finalement à la loi du 27 décembre 1890, « sur le contrat de louage et sur les rapports des « agents des chemins de fer avec les compagnies ».

Nous avons à rechercher quelles en sont les dispositions[4].

681. La lecture de la rubrique et l'examen sommaire du texte de la loi montrent que celle-ci comprend des dispositions de deux sortes.

L'article 2 concerne exclusivement les rapports des employés de chemins de fer avec les Compagnies : « Dans le « délai d'une année, les Compagnies et administrations de « chemins de fer devront soumettre à l'homologation minis- « térielle les statuts et règlements de leurs caisses de retrai- « tes et de secours. » Cette partie du texte reste extérieure au Code civil[5].

1. Voy. *suprà*, p. 497.

2. Le 22 juillet 1871, une pétition fut adressée au Ministre des travaux publics pour lui signaler la situation faite aux employés des Compagnies de chemins de fer. Cette pétition fut le point de départ des nombreux projets de réforme qui ont précédé le vote de la loi de 1890.

3. Propositions Raoul Duval, 1872, — Cazot, Gambetta et Goblet, 1874, — Germain Casse, 1876, — Raynal et Waldeck-Rousseau, 1882, — Delattre et de Janzé, 1882. — Sur ces diverses propositions, voy. Sauzet, *loc. cit.*, n° 1, p. 3, — et le *Répertoire des Pandectes françaises*, v° *Chemins de fer*, n°s 867 et suiv.

4. Sur la loi du 27 décembre 1890, il faut consulter en particulier Marc Sauzet, *Le nouvel article 1780 du Code civil*, dans les *Annales de droit commercial*, 1891, n°s 2 et 3. — Nous citerons cette monographie d'après le tirage à part.

5. Voy. pour l'explication de cette partie du texte, Sauzet, *loc. cit.*, n°s 5 et 6, p. 7 à 9.

Au contraire, l'article 1 a été fait pour être incorporé à l'article 1780. Il s'applique à toutes les personnes qui sont parties à un contrat de travail [1].

Nous limiterons notre étude à ce premier article.

682. En la forme, la loi de 1890 opère la refonte de l'article 1780 de la façon suivante.

La phrase qui constituait à elle seule l'article 1780 de 1804 est maintenue : «On ne peut engager ses services qu'à temps, « ou pour une entreprise déterminée [2]. » Cette phrase forme désormais l'alinéa 1 du nouvel article 1780.

La loi de 1890 en ajoute cinq autres [3].

683. Quant au fond, les dispositions introduites par la loi de 1890 n'ont pas toutes la même portée doctrinale.

684. Mettons tout de suite à part les alinéas 6 et 4.

L'alinéa 6, relatif à la procédure, ne demande aucun développement : « Les contestations auxquelles pourra donner « lieu l'application des paragraphes précédents, lorsqu'elles « seront portées devant les tribunaux civils et devant les « cours d'appel, seront instruites comme affaires sommaires « et jugées d'urgence [4]. »

L'alinéa 4 touche davantage au fond du droit : « Pour la « fixation de l'indemnité à allouer, le cas échéant, il est tenu « compte des usages, de la nature des services engagés, du « temps écoulé, des retenues opérées en vue d'une pension « de retraite, et, en général, de toutes les circonstances qui « peuvent justifier l'existence et déterminer l'étendue du « préjudice causé. »

Le législateur a voulu mettre un terme aux incertitudes qui s'étaient fait jour, antérieurement à 1890, sur le point de savoir quels sont les éléments dont les juges du fait doivent tenir compte pour fixer le chiffre de l'indemnité due à la partie qui donne congé [5]. Le nouveau texte confirme et consacre l'idée générale que le juge doit tenir compte de tous les éléments propres à déterminer l'étendue du préjudice souffert [6]. Puis le législateur, non content d'avoir formulé la règle

1. Voy. Sauzet, *loc. cit.*, n° 2, p. 4.
2. Voy. *suprà*, n° 674.
3. Nous numérotons les alinéas de l'article 1780 en comptant comme alinéa 1 la phrase qui constituait à elle seule l'article 1780 de 1804.
4. Voy. Sauzet, *loc. cit.*, n° 4, p. 6.
5. Voy. *suprà*, n° 678.
6. Voy. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n°s 2296 et suiv.,— et les

en termes généraux, indique quels sont les principaux éléments que le juge doit prendre en considération : les usages [1], la nature des services engagés [2], le temps écoulé depuis la convention [3], les retenues opérées et les versements effectués en vue d'une pension de retraite [4]. Ces derniers mots présentent une importance spéciale. En les faisant figurer dans l'alinéa 4, le législateur ne s'est pas proposé de consacrer une règle précédemment admise, mais au contraire d'écarter une solution consacrée par la jurisprudence [5]. Le principe en vertu duquel il doit être désormais tenu compte des retenues opérées et des versements effectués en vue d'une pension de retraite est une innovation considérable et un progrès notable [6].

685. Ces deux alinéas ne présentent aucune difficulté. Nous allons être arrêtés beaucoup plus longtemps par les alinéas 2, 3 et 5.

nombreux exemples cités au *Répertoire des Pandectes françaises*, v° *Louage d'ouvrage et d'industrie*, n°s 933 à 944. — Cpr. Grenoble 7 février 1905, *Journal de la Cour de Grenoble*, 1905, p. 73, note.

1. Voy. le rapport de M. Poincaré à la Chambre des députés, *Journal officiel* 1888, annexe n° 3472, p. 814, col. 2, — discours de M. Clamageran à la séance du Sénat du 15 novembre 1887, Sénat, *Débats parlementaires*, p. 919 ; — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, II, n° 2288, — Pic, *op. cit.*, p. 866 ; — Cass. 28 juin 1893, D. P. 1893.I.473, Sir. 1895.I.260, — Amiens 2 janvier 1892, D. P. 1892.II.489, — Paris 25 mai 1897, *Le Droit* du 15 septembre, — Cass. 16 juillet 1906, *Le Droit* du 28 octobre.

2. Il est juste que les dommages-intérêts alloués varient avec la difficulté du travail, la valeur de l'ouvrier ou de l'employé, et la nature de l'industrie dans laquelle l'ouvrier s'est spécialisé : rapport Poincaré, *loc. cit.*, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*, n° 2291, — Pic, *op. cit.*, p. 866 ; — trib. de com. de la Seine 9 mai 1891, justice de paix de Reims 6 juin 1891, D. P. 1891.III.87, — Amiens 2 janvier 1892, D. P. 1892.II.489, — trib. de Versailles 25 janvier 1898, *Recueil de la Gazette des Tribunaux*, 1898, 1er semestre, II, 229, — trib. de la Seine 20 juin 1899, *Recueil de la Gazette des Tribunaux*, 1899, 1er semestre, II, 210, — Paris 16 mai 1900, *ibid.*, 1900, 2e semestre, II.454.

3. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, II, n° 2292, — Pic, *op. cit.*, p. 866 ; — Amiens 2 janvier 1892, précité, — Lyon 24 janvier 1896, *Moniteur judiciaire de Lyon* du 18 juillet 1896, — trib. de com. de la Seine 28 avril 1897, *Gazette des Tribunaux* du 14 juin.

4. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*, n°s 2293 et suiv., — Sauzet, *loc. cit.*, n° 10, note 1, — n° 12, — n° 31, note 1, — Pic, *op. cit.*, p. 867; — Cass. 24 novembre 1896, D. P. 1897.I.194, — Lyon 11 janvier 1900, *La Loi* du 14 mai. — Sur la distinction qu'il y a lieu de faire entre la caisse de retraites et la caisse de secours destinée à venir en aide aux victimes d'accidents autorisant seulement à titre facultatif l'allocation d'une retraite si l'état des ressources le permet, voy. trib. de Grenoble 23 janvier 1893, D. P. 1893.II.377 (note 2 de M. Planiol).

5. Voy. *suprà*, p. 497 et 499.

6. Voy. Sauzet, *loc. cit.*, n° 10, p. 11, texte et note 4.

L'alinéa 2 ne fait que donner une consécration législative au principe traditionnel d'après lequel chacune des parties, dans le contrat de travail convenu sans indication de durée, possède toujours la faculté de résilier : « Le louage de servi- « ces fait sans détermination de durée peut toujours cesser par « la volonté d'une des parties contractantes. » La juxtaposition de cet alinéa au précédent fait nettement ressortir la corrélation qui existe [1] entre ces deux idées : 1° on ne peut engager ses services qu'à temps, — 2° quand aucune durée n'a été fixée au louage de services, chacun des contractants reste libre de se dégager [2].

Donc, l'alinéa 2 pose en principe que la rupture du contrat par la volonté de l'une des parties est l'exercice d'un véritable droit [3]. Mais le législateur, tandis qu'il consacrait ce principe traditionnel, a été préoccupé de consacrer en même temps la règle jurisprudentielle en vertu de laquelle l'abus de ce droit peut obliger l'auteur du congé à indemniser l'autre partie. Or il a malheureusement traduit cette préoccupation en des termes obscurs, qui, loin de préciser les règles à suivre, ont fait naitre des doutes et soulevé des controverses.

L'alinéa 3 est ainsi conçu : « Néanmoins, la résiliation du « contrat par la volonté d'un seul des contractants peut don- « ner lieu à des dommages-intérêts. » Et l'alinéa 4 com-

1. *Suprà*, n° 678.

2. D'après le texte même, la faculté de résiliation n'appartient aux parties que lorsque le contrat a été fait sans détermination de durée. Dès lors, ni l'alinéa 2 ni aucun des alinéas qui suivent et qui en sont le développement n'ont à être appliqués quand il s'agit d'un louage de services dont la durée a été déterminée par la convention. Voy. Sauzet, n°s 2, 4, 8, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*, n° 2319 ;— Cass. 20 mars 1895, D. P. 1895.I.249, Sir. 1896. I.313, — 24 novembre 1902, D. P. 1904.I.60, Sir. 1903.I.12. — Sur le point de savoir si un contrat de travail est à durée déterminée ou à durée indéterminée, voy. la dissertation de M. Planiol dans D. P. 1892.II.489, notes 1-3 *in fine*, — Mongin, *Revue critique*, année 1893, p. 357 et 358,— Charmont, *Revue critique*, année 1895, p. 615.

3. Justice de paix de Reims 6 juin 1891, D. P. 1891.III.87, — Paris 21 novembre 1895, D. P. 1896.II.23, la note et les renvois, — Cass. 20 mars 1895, D. P. 1895.I.249 et les conclusions de M. l'avocat général Rau, — 2 mars 1898, D.P. 1898.I.329 (note de M. Planiol), — 18 juillet 1899, D. P. 1900.I.485, — 5 août 1903, D. P. 1903.I.480,— 23 mars 1904, D. P. 1904.I.192, — 6 août 1906, D. P. 1907.I.32, — 5 novembre 1906, D. P. 1907.I.63. — Cpr. les conclusions de M. l'avocat général Feuilloley, sous Cass. 16 avril 1907, D. P. 1907. I.445.

mence, nous l'avons vu [1], par ces mots : « Pour la fixation « de l'indemnité à allouer le cas échéant.,.. »

La difficulté qui s'élève à propos de ces textes est la suivante. Ils prévoient l'éventualité de dommages-intérêts dus par la partie qui dénonce le contrat, comme suite de la dénonciation ; mais ils n'indiquent pas dans quelles hypothèses ces dommages-intérêts sont dus ; et la question se pose de savoir quelles sont ces hypothèses.

686. On a cru trouver une réponse à cette question dans l'alinéa 4, dont nous avons cité les termes [2]. Ce texte, dit-on, a précisément pour objet de déterminer quels sont les cas dans lesquels les dommages-intérêts sont dus. Ils sont dus toutes les fois que la partie qui les réclame peut justifier d'un préjudice à elle causé. En l'absence d'un préjudice et d'une preuve de ce préjudice fournie à l'encontre de la partie qui a dénoncé le contrat, celle-ci n'est passible d'aucune indemnité, alors même qu'elle ne pourrait justifier d'aucun motif plausible à l'appui de la dénonciation du contrat.

Cette argumentation ne doit pas être admise. L'alinéa 4 ne s'occupe pas de déterminer quels sont les cas dans lesquels une indemnité est due par la partie qui a dénoncé le contrat ; il a exclusivement pour objet de déterminer quels sont les éléments dont il faut tenir compte pour fixer le montant de l'indemnité dans les hypothèses où l'indemnité est due, et laisse de côté la question de savoir quelles sont ces hypothèses.

687. L'alinéa 4 ne fournissant aucun éclaircissement, on s'est tourné du côté des travaux préparatoires.

Par malheur, ceux-ci sont extrêmement confus sur le point qui nous occupe. La loi de 1890 est sortie, par une lente élaboration, d'une série de propositions et de discussions qui se sont succédé et enchevêtrées depuis 1872 [3]; et comme ces propositions gravitaient, si l'on peut dire, autour de principes juridiques assez délicats, la prolongation des études préparatoires, loin de faire la lumière, a obscurci la matière chaque jour davantage.

Les débats parlementaires ne fournissent donc aucune clar-

1. Voy. *suprà*, n° 684.
2. *Ibid.*
3. *Suprà*, n° 680.

té. On y trouve des déclarations pouvant servir de base aux systèmes opposés [1].

688. D'après un premier système, la loi de 1890 aurait écarté d'une façon complète les données traditionnelles. L'alinéa 3 du nouvel article 1780 aurait pour objet d'autoriser l'allocation de dommages-intérêts à la partie congédiée dans tous les cas où elle éprouverait un dommage; la faculté de donner congé ne pourrait plus être exercée d'une manière arbitraire, mais seulement en vertu de justes motifs, et la charge d'établir l'existence des justes motifs incomberait à la partie qui a dénoncé le contrat [2].

D'après un second système, l'alinéa 3 du nouvel article 1780 n'aurait pas d'autre objet que de consacrer les solutions admises par la jurisprudence antérieure à 1890 [3]. La faculté de donner congé resterait donc un droit pour chacune des parties, sans qu'il soit besoin d'établir l'existence d'aucun juste motif; mais l'abus de ce droit, comme de tout autre, pourrait donner lieu à des dommages-intérêts [4].

689. Entre ces deux systèmes, le choix est extrêmement difficile. Les déclarations contenues dans les travaux préparatoires sont tellement contradictoires, même dans la bouche des mêmes orateurs, qu'il est malaisé de discerner quelle a été l'intention du législateur de 1890. Comme il faut

1. L'analyse des travaux préparatoires a été faite à ce point de vue d'une manière minutieuse par M. Sauzet, *loc. cit.*, nos 14 à 16, 23 à 25.

2. Voy. la déclaration de M. Léon Renault à la séance du Sénat du 25 novembre 1890, *Journal officiel*, 1890, *Débats parlementaires du Sénat*, p. 1074 et 1075, — les dissertations de M. Planiol dans D. P. 1892.II.489, — 1893.II.377, note 1, — 1897.I.401, — Planiol, *Traité élémentaire*, 4e édition, II, n° 1890. — Cpr. trib. de la Seine 5 et 9 mai 1891, D. P. 1891.III.86, — Rennes 14 janvier 1895, Sir. 1896.II.16.

3. Voy. *suprà*, n° 678.

4. Voy. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, 2e édition, II, nos 2237, 2239, 2245, 2246, — Pic, *op. cit.*, p. 861, — Mongin, *Revue critique*, 1893, p. 347, — Charmont, *Revue critique*, 1895, p. 611. — Cpr. les arrêts rapportés *suprà*, p. 502, note 3, auxquels on peut ajouter les suivants : Cass. 19 juillet 1897, D. P. 1898.I.540, — 2 mars 1898, D. P. 1898.I.329, Sir. 1899.I.33, — 18 juillet 1899, D. P. 1900.I.485, Sir. 1899.I.508, — 12 novembre 1900, D. P. 1901.I. 22, Sir. 1901.I.14, — 22 mai 1901, D. P. 1901.I.416, Sir. 1901.I.264, — Montpellier 23 janvier 1902, D. P. 1904.II.422, Sir. 1903.II.47, — Cass. 12 mars 1902, D. P. 1902.I.214, Sir. 1902.I.439, — 16 et 18 mars 1903, D. P. 1905.I.127, Sir. 1903.I.47, — 29 juin 1903, D. P. 1903.I.440, — 5 août 1903, D. P. 1903.I.480, Sir. 1904.I.39, — 23 mars 1904, D. P. 1904.I.192, Sir. 1904.I.264, — 15 janvier 1906, D. P. 1906.I.295, — 5 novembre 1906, D. P. 1907.I.63.

bien pourtant prendre parti, il semble que le second système doive en définitive être préféré.

Il doit l'être pour deux raisons. D'abord, est-il possible d'admettre que le législateur ait voulu transformer l'économie générale du droit sur la question qui nous occupe, étant donné que les orateurs qui ont exprimé l'intention d'opérer cette transformation ont été contredits par d'autres et se sont contredits catégoriquement eux-mêmes ? D'autre part, si tant est qu'il soit possible de tirer une conclusion des travaux préparatoires, il semble, tout bien pesé, que l'opinion dominante dans les derniers jours de la discussion ait été sourdement favorable au maintien de la tradition.

690. Tel est, au reste, le système de la jurisprudence depuis 1890. Non pas que la question ait été tranchée par les arrêts d'une façon doctrinale et catégorique. Les tribunaux paraissent avoir interprété le nouvel article 1780 en se préoccupant surtout des faits, des nécessités pratiques et de l'équité. Il n'en est pas moins vrai que l'ensemble des solutions admises se rattache, sans aucun doute, au second des deux systèmes indiqués.

Au lendemain de la loi nouvelle, quelques décisions de jurisprudence[1] ont paru pencher vers la solution opposée, en décidant que la partie congédiée a droit à des dommages-intérêts sans avoir aucune preuve à fournir. L'auteur du congé ne pourrait se soustraire à la condamnation qu'à la condition de prouver l'existence de motifs plausibles à l'appui du congé. Ces décisions admettent, en définitive, que la loi de 1890 a réformé les règles du droit antérieur et qu'elle ne considère plus la faculté de donner congé comme un droit véritable : le congé n'est licite qu'à la condition d'être justifié par des motifs démontrés plausibles.

Cette manière de voir n'a pas prévalu. Mais il était intéressant de la signaler, car elle s'inspirait d'une opinion qui a conservé beaucoup de crédit dans le monde des affaires, et dont les tribunaux paraissent continuer à subir l'influence, au moins dans une certaine mesure.

Dans la plupart des arrêts, l'idée se retrouve, plus ou moins obscurément latente, que la partie congédiée doit recevoir

1. Voy. trib. de com. de la Seine 5 et 9 mai 1891, et Conseil des prud'hommes de Lille 8 mai 1891; D. P. 1891.III.86.

une indemnité toutes les fois qu'il n'existe pas de motifs plausibles à l'appui du congé ; de sorte qu'il semble que la jurisprudence d'aujourd'hui soit conforme à celle inaugurée par les tribunaux dont nous avons relevé les décisions [1]. Il n'en est rien cependant. L'étude attentive des arrêts démontre que les tribunaux ont abandonné l'opinion d'après laquelle une révolution législative aurait été opérée en 1890. La jurisprudence reste fidèle à l'idée traditionnelle admise avant 1890 : la faculté de donner congé est un droit même en dehors de tout motif, mais l'abus de ce droit est une faute, et l'auteur du congé, s'il commet pareille faute, est passible de dommages-intérêts. Comme on l'a fort bien dit, « le « patron n'excède pas son droit en congédiant son ouvrier « sans lui donner aucun motif autre que : *Il ne me plaît* « *plus* ; — et l'ouvrier, de même, reste dans les limites de « son droit en quittant l'atelier sans alléguer une raison autre « qu'un : *J'en ai assez* réciproque. Il faut ce degré d'in- « dépendance mutuelle........ pour satisfaire aux exigences « de la production industrielle avec ses hauts et ses bas [2]. »

691. Ce principe posé, les arrêts ont dû se préoccuper de marquer quelles sont les circonstances dans lesquelles l'auteur du congé doit être considéré comme ayant abusé de son droit. Ils ont mis d'abord en relief, et sans difficulté, la règle que la charge de prouver l'existence de l'abus incombe à la partie congédiée qui réclame l'indemnité [3] ; c'est l'application pure et simple du droit commun de la responsabilité délictuelle [4]. Mais quelle preuve la partie congédiée doit-elle fournir pour obtenir gain de cause ? C'est ici que la préoccupation des motifs plausibles du renvoi fait, en quelque sorte, sa rentrée.

Voici comment. L'auteur du congé, actionné en dommages-intérêts, accusé d'abus dans l'exercice de son droit, s'efforce d'échapper à l'accusation en démontrant qu'il avait des motifs légitimes pour donner congé ; la partie congédiée plaide en sens inverse ; et la condamnation à des dommages-

1. Voy. *suprà*, p. 505, note 1.
2. Sauzet, *op. cit.*, n° 13, p. 14.
3. Voy. notamment : Cass. 20 mars 1895, D. P. 1895.1.249, Sir. 1895.I.313, — 12 mars 1902, D. P. 1902.I.214, Sir. 1902.1.439, — 22 juillet 1902, D. P. 1904.1.299, Sir. 1903.I.407, — 29 juin 1903, D. P. 1903.I.440, — 23 mars 1904, D. P. 1904.1.192, Sir. 1904.1.264, — 5 novembre 1906, D. P. 1907.1.63.
4. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 775 et suiv.

intérêts se présente, en fait, comme subordonnée à l'inexistence de motifs plausibles à l'appui du congé.

Beaucoup de décisions judiciaires présentent les choses sous cet aspect. Elles donnent à penser que la jurisprudence est demeurée la même qu'au lendemain de la loi de 1890.

Erreur absolue. La considération des motifs joue un grand rôle en fait. Au point de vue du droit, la question qui se pose devant le tribunal saisi d'une action en dommages-intérêts par la partie congédiée n'est pas de savoir s'il existe des motifs à l'appui du congé, mais s'il y a faute par abus de droit de la part de l'auteur du congé. Or la non-existence de motifs plausibles et l'existence d'une faute à la charge de l'auteur du congé sont deux choses dont on pourrait dire qu'elles sont conjointes en fait et non solidaires en droit.

Il est facile de s'en convaincre. Si l'auteur du congé trouve qu'il avait des motifs sérieux pour exercer son droit, il échappe évidemment à tout reproche d'avoir abusé de ce droit. Au contraire, si la partie congédiée parvient à prouver que l'auteur du congé a agi sans motifs plausibles, il n'en résulte pas qu'il y ait faute commise par l'auteur du congé. Le droit de donner congé sans motifs reste un droit absolu ; l'abus, c'est-à-dire la faute, ne consiste pas à donner congé sans motifs, mais à donner congé sans motifs avec intention de nuire, autrement dit avec un dessein purement vexatoire à l'égard de la partie congédiée [1].

692. Que la jurisprudence se soit placée à ce point de vue et ne fasse pas autre chose que d'appliquer à la matière qui nous occupe la théorie de l'abus de droit, diverses solutions consacrées par les arrêts le prouvent surabondamment.

1° Les arrêts insistent sur l'idée que la partie donnant congé échappe, en principe, à tous dommages-intérêts, sans avoir à prouver l'existence de motifs plausibles à l'appui du congé [2] ; pour que la partie congédiée obtienne une indemnité, il faut

1. Voy. Pic, *op. cit.*, p. 862 *in fine*, texte et note 2 ; — Paris 15 novembre 1892, D.P. 1893. II. 510, — 27 juillet 1897, *Pandectes françaises périodiques*, 1898.II.6.

2. Cass. 28 juin 1893, D. P. 1893.I.473, Sir. 1895. I.260, — 22 juillet 1896, D. P. 1897.I.401, — 19 juin 1897, D. P. 1898.I.540, Sir. 1899.I.33, — 28 juillet 1897, D. P. 1898.I.16, — 2 mars 1898, D. P. 1898 I.329, Sir. 1899.I.33, — 18 juillet 1899, D. P. 1900.I.485, — 12 novembre 1900, D. P. 1901.I.22, Sir. 1901.I.14, — 18 mars 1901, D. P. 1901.I.264, Sir. 1901.I.221, — 22 mai 1901, D. P. 1901.I.416, Sir. 1901.I.264.

qu'elle établisse qu'il y a eu excès commis par l'autre partie. Qu'est-ce à dire, sinon que donner congé est un droit, et que l'exercice d'un droit n'est pas une faute, à moins d'un abus, dont la preuve incombe à la partie qui réclame des dommages-intérêts ?

2° Quand il y a lieu de rechercher s'il existe des motifs plausibles à l'appui d'un congé, les tribunaux se montrent extrêmement faciles à admettre l'existence de ces motifs [1]. Pourquoi, sinon qu'il y a corrélation entre l'existence de motifs et l'absence de faute, et qu'il est de principe, en matière de délits civils, que la faute non seulement ne se présume pas mais ne doit pas être admise aisément [2] ?

3° La jurisprudence reconnaît au juge du fait un pouvoir souverain pour statuer sur l'existence de motifs plausibles [3], à la seule condition pour lui de mentionner quelles sont les circonstances d'où il conclut à l'existence ou à l'inexistence des motifs [4]. Nous trouvons là, sans qu'il y paraisse au premier abord, la preuve catégorique de la position prise par la jurisprudence dans l'interprétation du nouvel article 1780. Si la loi de 1890 avait écarté les traditions antérieures et subordonné la légitimité du congé à l'existence de motifs plausibles, la solution donnée par un tribunal à la question de savoir s'il existe des motifs dans une hypothèse déterminée serait une solution de droit, que le juge du fait ne pourrait pas donner d'une façon souveraine. Au contraire, du moment que la faculté de donner congé sans motifs est un droit absolu, la question des motifs n'est plus qu'une question de fait, incluse en quelque sorte dans la question plus générale de savoir s'il y a faute, abus de droit commis par l'auteur du congé. Question de fait, sur laquelle, dès lors, il est naturel que la sentence des juges du fait échappe au contrôle de la Cour de cassation. Si l'obligation est imposée au juge du fait de mentionner les circonstances d'où il conclut à l'existence

1. Voy. notamment : Douai 11 mai 1892, D. P. 1893.II.170, Sir. 1894.I.193, — Montpellier 8 novembre 1892, D. P. 1894.II.394, — Rouen 29 décembre 1894, D. P. 1895.II.228, Sir. 1895.II.212. — Cpr. Planiol, *Traité élémentaire*, 4e édition, n° 1890.

2. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 775 et suiv.

3. Cass. 21 novembre 1893, D. P. 1894.I.237, Sir. 1895.I.166, — 14 novembre 1894, D. P. 1895.I.36, Sir. 1895.I.260.

4. Cass. 20 mars 1895, 1re et 2e espèces, D. P. 1895.I.249, Sir. 1895.I.313, — 28 juillet 1897, D. P. 1898.I.16, Sir. 1899.I.33, — 18 juillet 1899, D. P. 1900.I.483, Sir. 1900.I.508, — 15 janvier 1906, D. P. 1906.I.296.

ou à la non-existence des motifs, ce n'est pas par dérogation au principe d'après lequel le juge du fait statue souverainement en pareille matière, mais tout simplement par application de la règle en vertu de laquelle les solutions de fait doivent être motivées en fait ; règle de droit, dont la violation tombe sous la censure de la Cour régulatrice.

693. Du moment que le nouvel article 1780 est une application pure et simple des principes généraux qui régissent la responsabilité délictuelle et des règles relatives à l'abus des droits, rien n'est plus facile que de comprendre et de justifier la proposition formulée par l'alinéa 5 de notre texte : « Les parties ne peuvent renoncer à l'avance au droit éventuel « de demander des dommages-intérêts en vertu des disposi- « tions ci-dessus. »

A ce point de vue comme à tant d'autres, la loi de 1890 n'a fait que consacrer les solutions admises par la jurisprudence antérieure [1]. La règle de l'alinéa 5 est une application des principes qui régissent la matière de la responsabilité délictuelle et de l'abus des droits.

694. Puisqu'il en est ainsi, l'insertion de cette règle dans le nouvel article 1780 paraît être la preuve que les rédacteurs de ce texte ont entendu non pas modifier l'économie du droit antérieur, mais consacrer la jurisprudence d'avant 1890, aux termes de laquelle l'auteur d'un congé ne doit de dommages-intérêts qu'en cas d'abus dans l'exercice de son droit. L'alinéa 5 fournirait une démonstration catégorique du bien-fondé de l'interprétation que nous avons présentée du reste de la loi.

Malheureusement, il est difficile d'attribuer à l'alinéa 5 une aussi grande portée doctrinale. S'il est vrai de dire que la règle énoncée par l'alinéa 5 est en harmonie complète avec les principes qui régissent les clauses d'exonération en matière de responsabilité délictuelle, il y aurait excès à affirmer que les rédacteurs de ce texte ont rattaché la règle énoncée par lui aux principes dont il s'agit. Les travaux préparatoires sont aussi confus et aussi peu probants sur cette partie de la loi que sur celles dont nous avons parlé précédemment [2]. Certains

1. Voy. *suprà*, n° 678, *in fine*.
2. *Ibid.*, n° 687.

orateurs ont bien rattaché notre règle aux principes concernant l'abus de droit, mais d'autres l'ont expliquée d'une manière toute différente, de sorte que l'adoption de cette règle n'éclaire pas la pensée du législateur [1].

695. Pour l'interprète qui considère le nouvel article, dans son ensemble, comme l'application des principes généraux régissant la responsabilité délictuelle et l'abus des droits, l'alinéa 5 apparaît nécessairement comme contenant l'expression des règles du droit commun sur la validité des clauses d'exonération en matière de responsabilité délictuelle.

D'où cette conséquence importante que la prohibition formulée par l'alinéa 5 ne doit pas être entendue d'une manière absolue, mais interprétée à la lumière du droit commun.

D'abord, l'application de l'alinéa 5 doit être restreinte aux limites dans lesquelles s'appliquent les principes relatifs aux clauses d'exonération en matière de responsabilité délictuelle [2]. Dès lors, les parties au contrat de travail conclu sans durée déterminée peuvent librement s'exonérer de toute responsabilité pour inobservation des formes et délais du congé, tels qu'ils résultent de l'usage [3] ; les renonciations de ce genre sont fréquentes dans les règlements d'ateliers [4]. Les termes mêmes de l'alinéa 5 marquent nettement que la prohibition formulée

1. Sur les travaux préparatoires de l'alinéa 5 du nouvel article 1780, voy. Sauzet, *loc. cit.*, nos 35 à 41, p. 30 à 36.

2. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 823 et suiv.

3. La rupture du contrat de travail conclu pour une durée indéterminée donne lieu à deux questions bien distinctes : l'une relative au délai du congé, l'autre relative à l'indemnité due pour réparation du préjudice causé par l'usage abusif du droit de résiliation. La seconde est soumise aux règles posées par l'article 1780, complété par la loi de 1890. La première est laissée sous l'empire du droit commun. Sur la validité des renonciations aux délais du congé, voy. Pic, *op. cit.*, p. 871, texte et note 2, — dissertation de M. Planiol dans D. P. 1893.II.545, notes 1-2, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, II, n° 2311 ; — Cass. 6 novembre 1895, D. P. 1896.I.286, Sir. 1896.I.399, — 20 juin 1900, D. P. 1900.I.421, Sir. 1901.I.13, — 12 novembre 1900, D. P. 1901.I.22, Sir. 1901.I.14, — 18 mars 1902, D. P. 1903.I.83, Sir. 1902.I.440, — 22 juillet 1902, D. P. 1904.I.299, Sir. 1904.I.27, — 16 mars 1903, D. P. 1905.I.127, — 5 août 1903, D. P. 1905.I.480, Sir. 1904.I.39, — 15 janvier 1906 (2 arrêts), D. P. 1906.I.295 et D. P. 1906.I.241 (note de M. Petit), — 9 décembre 1907, *Le Droit* du 12 décembre. — En sens contraire : trib. de com. de la Seine 5 mai 1891, conseil des prud'hommes de Lille 8 mai 1891, trib. de com. de Lille 26 mai 1891, justice de paix de Reims 6 juin 1891, D. P. 1891.III.87. — Cpr. trib. de com. de Nantes 3 mai 1906, D. P. 1905. V. 4, — trib. de la Seine 6 décembre 1905, D. P. 1906.V.21.

4. Voy. Pic, *loc. cit.*, p. 872, — les arrêts cités à la note précédente, — et la note de M. Petit dans D. P. 1906.I.241.

par ce texte est inapplicable à la matière dont il s'agit ; l'alinéa 5, en effet, interdit de renoncer au droit de demander des dommages-intérêts « en vertu des dispositions ci-dessus » ; or les « dispositions ci-dessus » sont celles du nouvel article 1780, qui s'occupe de la responsabilité résultant d'un congé entaché de faute et non d'un congé donné en violation des formes et délais d'usage [1].

D'autre part, dans les limites qui viennent d'être tracées, l'alinéa 5 prohibe la renonciation faite à l'avance au droit éventuel de demander des dommages-intérêts. Mais le droit aux dommages-intérêts, une fois né, peut faire l'objet d'une renonciation valable [2], car il ne s'agit plus alors d'une chose à venir et éventuelle.

Enfin, si l'alinéa 5 interdit les renonciations à des dommages-intérêts, il ne fait pas obstacle à ce que les parties insèrent au contrat une clause pénale [3], fixant par avance le montant des dommages-intérêts pour le cas où ceux-ci viendraient à être alloués. Toutefois, la clause pénale ne peut être considérée comme valable que si l'indemnité prévue est sérieuse ; si elle a été fixée à un chiffre dérisoire, la clause pénale doit être considérée comme dépourvue de valeur [4]. L'alinéa 5 interdit, en effet, les renonciations indirectes et simulées aussi bien que les renonciations directes et expresses [5] ; et les juges du fait jouissent, à cet égard, d'un pouvoir souverain d'appréciation [6].

1. Il en est de même pour l'application de l'alinéa 6. Voy. *suprà*, p. 500.
2. Sauzet, *loc. cit.*, n° 38, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*, n° 2317.
3. Voy. la note de M. Petit, D. P. 1906.I.241, spécialement p. 242, 1re colonne, II, — Pic, *loc. cit.*, p. 872, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*, n° 2316 ; — trib. de com. de la Seine 9 septembre 1892 D. P. 1893.II.545, note de M. Planiol, — Cass. 15 février 1899, D. P. 1899.I.367, Sir. 1899. I.313.
4. Voy. les références citées à la note précédente. — Certains auteurs enseignent que la clause par laquelle les parties fixent elles-mêmes, par une clause du contrat, les dommages-intérêts dus en cas de résiliation, est toujours nulle comme équivalant à une renonciation indirecte, et que les tribunaux seuls ont qualité pour évaluer le chiffre de l'indemnité. Voy. Pic, *Annales de droit commercial*, 1893, p. 439, — Constant, *Revue de droit commercial*, 1891, p. 199, — *Revue pratique de droit industriel*, 1894, p. 24, — Mongin, *Revue critique*, 1893, p. 360.
5. Voy. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*, nos 2313 et suiv.; — Cass. 20 mars 1895, D. P. 1895.I.317, — 9 juin 1896, D. P. 1897.I.106 et les conclusions de M. l'avocat général Desjardins, — 25 janvier 1899, D. P. 1899. I.214, — Agen 7 janvier 1895, D. P. 1896.II.40.
6. Cass. 25 anvier 1899, D. P. 1899.I.214.

696. En résumé, la loi de 1890 n'a guère fait que consacrer les résultats acquis par la jurisprudence antérieure. Les seules innovations introduites l'ont été : l'une par l'article 2 de la loi [1], — l'autre par l'alinéa 4, — la troisième par l'alinéa 6.

Quant au principe général fixant les hypothèses dans lesquelles la partie congédiée peut obtenir une indemnité, la loi de 1890 ne l'a pas changé. Après comme avant la mise en vigueur de cette loi, la partie congédiée ne peut obtenir une indemnité qu'au cas d'abus de droit commis par l'auteur du congé.

Dès lors, la loi de 1890 ne présente pas autant d'intérêt pratique qu'on se l'est imaginé au moment où elle a fait son apparition. Le véritable intérêt de la loi promulguée en 1890 est d'ordre doctrinal. Il consiste en ce que la loi de 1890 a consacré d'une manière législative la théorie de l'abus des droits [2] ; théorie complexe, un peu confuse, élaborée d'une manière lente et fragmentaire tant par les auteurs que par la jurisprudence, et dont on peut dire qu'elle est devenue une véritable théorie légale depuis 1890 [3].

697. Pour en finir avec le nouvel article 1780, il ne nous reste plus qu'une dernière observation à présenter.

Conformément au principe général consacré par l'article 2 du Code civil [4], la loi du 27 décembre 1890 doit être considérée comme n'ayant pas d'effet rétroactif. Aucun doute ne peut exister à cet égard en ce qui concerne les congés régulièrement signifiés avant l'entrée en vigueur de la loi [5]. Mais que décider en ce qui concerne les congés donnés postérieurement à cette date relativement à des engagements contractés avant l'entrée en vigueur de la loi ? Les uns décident que ces congés continuent à être régis par les règles anté-

1. Voy. *suprà*, p. 499.
2. Pic, *loc. cit.*, p. 862.
3. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 763.
4. *Introduction*, *Explication du titre préliminaire*, p. 131 et suiv.
5. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*, n° 2336, — note de M. Planiol dans D. P. 1893.II.466, ; — trib. de com. de la Seine 5 et 15 mai 1891, D. P. 1891.III.86, — Grenoble 29 novembre 1892, *Gazette du Palais*, 1893.I.63, — Cass. 20 mars 1893, D. P. 1893.I.434.

rieures à 1890 [1]; d'autres sont d'avis que les engagements contractés avant la mise en vigueur de la loi de 1890 sont soumis au régime nouveau, du moins lorsqu'ils ne contiennent aucune clause spéciale interdisant à l'employé brusquement congédié une demande en indemnité [2].

SECTION II. — Le louage d'industrie.

698. Nous avons établi le caractère distinctif du louage d'industrie, en le rapprochant du louage de services et du mandat salarié [3].

« Industrie » signifie ici : talent, savoir, habileté. Le louage d'industrie est la convention par laquelle une personne s'engage envers une autre, moyennant rémunération, à accomplir un acte de sa profession, et met au service de cette autre personne son activité appliquée à un office déterminé [4].

L'article 1779 distingue trois sortes de louages d'industrie: 1° le louage des gens de travail, qui s'engagent au service de quelqu'un, — 2° celui des voituriers, — 3° celui des entrepreneurs.

Nous ne nous attarderons pas à relever tout ce que cette classification a de défectueux. Il existe un grand nombre de locateurs d'ouvrage qui, sans être des entrepreneurs, fournissent leur travail moyennant un prix, comme les entrepreneurs, et qui sont exempts, comme les entrepreneurs, de toute subordination vis-à-vis du maître [5].

Nous nous bornerons à rappeler, d'abord, les règles du contrat de l'ouvrage d'industrie envisagé d'une façon générale. Puis nous signalerons les quelques règles particulières énoncées par le Code relativement aux variétés les plus importantes et les plus usuelles de ce contrat.

699. La formation du contrat de louage d'industrie exige

1. Trib. de com. de la Seine 15 mai 1891, précité. — Cpr. la note précitée de M. Planiol.
2. Mongin, *Revue critique*, 1893, p. 361, — Pic, *op. cit.*, p. 868 ; — Orléans 15 mars 1893, D. P. 1893.II.466, — Cass. 22 juillet 1902, *Gazette du Palais*, 25 octobre 1902, et *Annales de droit commercial*, 1902, p. 109 ; — cpr. Amiens 2 janvier 1892, D. P. 1892.II.489 (note de M. Planiol).
3. *Suprà*, p. 470 et suiv., 473 et suiv.
4. Sur le louage d'industrie, voy. Pic, *loc. cit.*, p. 874 et suiv.
5. Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e édition, II, n° 1637.

la réunion des conditions essentielles qui sont requises pour la validité des conventions en général [1].

Le louage d'industrie n'est assujetti à aucune forme spéciale ; il est valable alors même qu'aucun écrit n'est venu en constater la formation [2]. La preuve peut en être faite suivant les règles du droit commun [3].

700. Le louage d'industrie est, comme le louage de services, un contrat synallagmatique [4].

a) Les obligations du maître sont les mêmes que dans le louage de services [5], au moins d'une façon générale. La principale consiste à payer le prix du travail. Pour assurer l'exécution de cette obligation, la loi accorde à l'ouvrier non seulement le privilège de l'article 549 du Code de commerce en cas de faillite du maître [6], mais encore des garanties spéciales : 1° le privilège établi par l'article 2102-3° au profit du conservateur de la chose, si l'ouvrier par son travail a assuré la conservation de la chose [7], — 2° le privilège de l'article 2103-4°, si l'ouvrier a exécuté un ouvrage de construction, à la condition de satisfaire aux conditions de ce texte [8], — 3° un droit de rétention, si l'ouvrier a encore en sa possession l'objet qu'il a amélioré ou transformé [9].

Si l'ouvrier a traité avec un marchandeur, un sous-entrepreneur, il n'a pas, en principe, d'action directe contre le maître. Toutefois, nous verrons, à propos de l'article 1798 [10], qu'il en est autrement dans l'hypothèse spéciale d'ouvriers employés par un sous-entrepreneur de construction [11].

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 31 et suiv.
2. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, 2° édition, II, n° 2886.
3. Cass. 25 août 1862, D. P. 1862.I.345. — Cpr. Cass. 19 janvier 1874, D. P. 1874.I.141.
4. Voy. *suprà*, p. 489.
5. Voy. *suprà*, p. 489.— Le maître doit faire tout ce qui dépend de lui pour mettre l'ouvrier à même d'accomplir l'ouvrage dont il s'est chargé. Il contracte, l'obligation de répondre du fait de l'ouvrier. Il doit se conformer aux lois et règlements sur la protection et la police du travail. Lorsque le travail est terminé, il doit délivrer au locateur un certificat d'acquit.
6. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 323, — Pic, *loc. cit.*, n°s 1014 et suiv., — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*, n° 2139.
7. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 383, — Pic, *loc. cit.*, n° 1189.
8. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome II, p. 12.
9. Voy. Pic, *loc. cit.*, — Guillouard, *Louage*, 3° édition, II, n° 776 ; — trib. de la Seine 29 mai 1900, *Le Droit* du 21 juillet.
10. Voy. *infrà*, n°s 730 et suiv.
11. Il importe de mentionner en passant les questions relatives au marchan-

Le maître peut être tenu d'une autre obligation : fournir à la date fixée les matériaux nécessaires à l'ouvrage. Il y est tenu lorsqu'il a stipulé avec l'artisan ou l'ouvrier qu'il ne loue à celui-ci que son travail, son industrie, et le contrat ainsi conclu est le louage d'ouvrage proprement dit. Mais il arrive quelquefois que le maître loue à l'ouvrier son travail, sans lui fournir aucune matière première ; le contrat est alors, semble-t-il, moins un contrat de louage qu'un contrat de vente. Nous aurons l'occasion de retrouver plus loin cette idée, dont l'étude demandera quelques développements [1].

b) Le locateur, de son côté, contracte diverses obligations : 1° il doit accomplir l'ouvrage et l'accomplir conformément aux règles de l'art [2], — 2° il doit livrer l'ouvrage en temps utile [3], — 3° il doit rendre compte de la matière lorsqu'elle lui a été fournie [4].

701. Le contrat prend fin en vertu des causes qui sont communes à tous les contrats en général, puis en vertu de causes qui lui sont spéciales.

Les causes générales sont : l'achèvement de l'ouvrage, l'accord des parties, le cas fortuit ou la force majeure empêchant l'exécution des obligations des parties [5], la résolution judiciaire intervenant comme conséquence de fautes graves commises par l'une ou l'autre des parties (article 1184).

Les causes spéciales sont : la volonté du maître et la mort de l'ouvrier.

a) D'abord, la volonté du maître. L'article 1794 réserve au *conductor*, qu'il appelle le maître, le droit absolu de résiliation. Il est vrai que le texte ne parle expressément que des marchés à forfait, mais on admet qu'il est applicable à tous les contrats de louage d'industrie en général [6].

dage, qui fait l'objet de la loi du 2 mars 1848, — et aussi les questions relatives au *sweating system* ; questions économiques de haute importance, mais dont l'étude ne peut être faite que dans un traité de droit industriel. Voy. Pic, *loc. cit.*, p. 877, texte et note 1, — p. 882, texte et note 2.

1. Voy. *infrà*, n° 718.

2. Voy. Pic, *loc. cit.*, p. 884, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, n° 2895.

3. Guillouard, *loc. cit.*, 3e édition, II, n° 816 ; — Cass. 3 juillet 1893, Sir. 1896.I.67.

4. Voy. Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, n° 1719.

5. Pic, *loc. cit.*, p. 894 ; — Paris 10 mai 1854, D. P. 1855.II.15.

6. Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 520, note 12, — Guillouard, 3e édition,

D'où vient cette règle, qui est une dérogation évidente à l'article 1134 alinéa 2 ?

Elle s'explique par une considération d'utilité réciproque[1]. Il peut arriver que l'ouvrage commandé ne convienne plus au maître, ou que la situation des affaires du maître ne lui permette plus de payer le prix fixé primitivement. L'intérêt même de l'autre partie exige qu'on ne force pas le maître à tenir un marché dont les suites prévues ne se réaliseraient pas.

L'article 1794 établit, d'ailleurs, un mode de liquidation qui supprime tout l'intérêt que le locateur pourrait avoir à exiger le maintien du contrat ; le maître doit le dédommager « de « toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il « aurait pu gagner dans cette entreprise ». La résiliation peut être une nécessité pour le maître, ou constituer un avantage pour lui ; elle ne saurait causer aucun préjudice au *locator* ; donc elle est légitime[2].

b) En second lieu, la mort de l'ouvrier. Comme dans tout louage d'ouvrage et d'une façon particulièrement manifeste, la considération de la personne de l'ouvrier est ici déterminante. Le décès du *conductor* ne met pas fin au contrat ; ses successeurs sont tenus des obligations contractées par lui. Mais le décès du *locator* y met fin ; les obligations du *locator* s'éteignent avec lui (article 1795). La convention est dissoute. Les héritiers de l'entrepreneur n'ont droit à une indemnité que si l'œuvre est commencée ; l'indemnité a sa mesure, dit l'article 1796, dans « la valeur des ouvrages faits et celle « des matériaux préparés » ; le texte ajoute ce tempérament d'équité : « lors seulement que ces travaux ou ces matériaux « peuvent lui être utiles ».

702. Les articles 1794 et 1795 énoncent les seules règles qui soient spéciales au louage d'industrie en général. A tous

II, n° 804, — Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 247 *bis* I-II, — Planiol, *Traité élémentaire*, 4° édition, II, n° 1907.— *Contrà*, Laurent, *Principes*, XXVI, n° 18, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2° édition, II, n° 3094.

1. Voy. Pic, *loc. cit.*, p. 890 et 891, — Guillouard, *loc. cit.*, II, n° 806.

2. La question est controversée de savoir si la règle de l'article 1794 est applicable dans l'hypothèse où l'ouvrier fournit la matière. Voy. dans le sens de l'affirmative : Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, VII, n° 247 *bis* II, — Guillouard, *loc. cit.*, n° 805. — *Contrà*, Laurent, XXVI, p. 23, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*, n° 3093 ; — Cass. 5 janvier 1897, D. P. 1897. I.89 (note de M. Planiol), — Orléans 7 juillet 1897, D. P. 1898.II.143.

autres égards, le louage d'industrie demeure soumis au droit commun des conventions.

703. Maintenant que nous avons énuméré les règles qui régissent le louage d'industrie envisagé d'une façon générale, il nous reste à passer en revue les principales variétés de ce contrat.

Elles sont en nombre infini, car elles vont des offices les plus humbles jusqu'aux plus relevés. Le Code en prévoit formellement deux : 1° le contrat de transport (articles 1782 à 1786), — 2° le contrat d'entreprise (articles 1787 à 1799). On peut ajouter — mais il y a doute possible — la commission, sur laquelle nous allons fournir d'abord quelques indications très sommaires.

I. Le contrat de commission.

704. La commission est évidemment un contrat ayant pour objet une prestation de travail [1]. Le commissionnaire se charge d'acheter, de vendre, pour le compte d'autrui ; il met son industrie au service du commettant, en vue d'un but déterminé, moyennant salaire.

Mais la question est controversée de savoir si la commission est un louage d'industrie ou un mandat salarié [2].

1. Nous parlons ici du contrat prévu par l'article 94 du Code de commerce, et non du contrat qui intervient entre un commerçant et ses employés ou commis, sédentaires ou voyageurs. Ce dernier contrat est, sans hésitation possible, un louage de services : Guillouard, *Louage*, 3e édition, II, n° 698, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e édition, II, nos 1640, 1642 et 1648, — Paris 26 mars 1894, D P. 1895.II.189. — Cpr. Planiol, *Revue critique*, 1893, p. 200, — Chambéry 28 février 1900, D. P. 1900.II.503.

Le commis et le commissionnaire agissent pour le compte d'autrui ; mais le commis ne s'engage jamais personnellement, contrairement à ce qui a lieu pour le commissionnaire. La responsabilité personnelle du commis n'est jamais engagée vis-à-vis des tiers ; il ne peut être poursuivi par eux, et n'est astreint à aucune garantie. Le commissionnaire se trouve dans une situation inverse. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 2e édition, III, n° 416.

Le commissionnaire ne doit pas davantage être confondu avec le courtier. Les différences qui séparent le commissionnaire du courtier étaient surtout importantes avant la loi du 18 juillet 1866 (voy. *suprà*, nos 97 *in fine*, 451 et 456) qui a proclamé la liberté du courtage. Mais, même depuis cette loi, les courtiers doivent être distingués des commissionnaires. Les courtiers, en effet, ne sont que des intermédiaires entre commerçants, qui communiquent à l'un les propositions de l'autre sans jamais s'engager personnellement, tandis que les commissionnaires figurent en leur nom dans l'affaire. Voy. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 2e édition, III, n° 416, — Thaller, *Traité élémentaire*, 3e édition, p. 560 et suiv.

2. Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, n° 412, — Thaller, *loc. cit.*, n° 1110.

Tous les éléments du louage d'industrie s'y rencontrent. Cependant, on admet en général que la commission est un mandat salarié, qu'on appelle communément le mandat commercial. Et l'on invoque deux considérations à l'appui de cette manière de voir. D'abord, l'article 94 alinéa 2 du Code de commerce, relatif aux commissionnaires, renvoie au titre XIII du livre III du Code civil, qui est précisément le titre *Du mandat*. En outre, l'article 94 alinéa 1 définit ainsi le commissionnaire : « Celui qui agit en son propre « nom ou sous un nom social, pour le compte d'un com- « mettant » ; la commission comporte donc non seulement la prestation d'un travail, mais aussi la représentation d'une personne dans un acte déterminé conclu pour autrui, ce qui est la caractéristique du mandat salarié [1].

Au surplus, la distinction du louage d'industrie et du mandat salarié, appliquée à la commission, ne présente guère d'importance pratique. En effet, le contrat de commission n'est soumis ni aux règles du mandat ni à celles du louage d'industrie, mais à des règles spéciales, pour le détail desquelles nous renvoyons aux articles 94 et suivants du Code de commerce [2].

II. Le contrat de transport.

705. Cette seconde variété du louage d'industrie est visée, dès le début du chapitre III, par l'article 1779-2°. Les articles 1782 à 1786 y sont consacrés.

Le contrat de transport est celui qui intervient entre l'expéditeur et le voiturier, et par lequel l'expéditeur s'engage à transporter d'un lieu à un autre, pour les remettre à destination, soit des personnes, soit des choses.

Le mot « voiturier », au sens juridique, désigne toute personne qui se charge d'un transport moyennant salaire, depuis le commissionnaire du coin de rue, qui transporte un paquet pour quelques sous, ou le batelier qui fait passer une rivière, jusqu'aux plus grandes compagnies de roulage, de chemins de fer ou de messageries maritimes, même jusqu'à l'administration des postes, qui est une entreprise de transports érigée en service national. Le voiturier met au service d'au-

1. *Suprà*, n[os] 647 et suiv.
2. Voy. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 2e édition, III, n[os] 407 et suiv., — Thaller, *Traité élémentaire*, 3e édition, n[os] 1109 et suiv.

trui son industrie, laquelle consiste dans sa connaissance des moyens de transport et dans les procédés qu'il emploie.

Le contrat qui intervient entre l'expéditeur et le voiturier est un louage d'industrie.

706. Le Code civil ne s'occupe du contrat de transport que d'une manière accidentelle.

La réglementation complète se trouve au Code de commerce (articles 103 à 108). Et telle est bien sa place naturelle. D'une part, le transport est l'âme du commerce, dont le rôle est de mettre les produits à la portée du consommateur. D'autre part, le voiturier est le plus souvent un commerçant ; il est un commerçant quand il fait des actes de transport sa profession habituelle (article 632 alinéa 3 C. com.).

Cependant, le transport n'est pas par lui-même un acte de commerce, pas plus que la vente. Dès lors, il est tout simple que le contrat de transport soit réglementé au Code civil en même temps qu'au Code de commerce. De là les articles 1782 et suivants du Code civil.

707. Les articles 1782 à 1786, dont l'explication ne rentre pas dans le cadre traditionnel d'un cours de droit civil [1], établissent une responsabilité rigoureuse à la charge des personnes qui prennent l'engagement d'effectuer un transport. Le voiturier est un dépositaire nécessaire ; il est assimilé sous ce rapport à l'aubergiste (article 1782). Et les conséquences qui découlent de là sont importantes.

1° Aux termes de l'article 1784, les voituriers « sont res« ponsables de la perte et des avaries des choses qui leur sont « confiées, à moins qu'ils ne prouvent qu'elles ont été perdues « et avariées par cas fortuit ou force majeure ».

2° Aux termes de l'article 1783, « ils répondent non seule« ment de ce qu'ils ont déjà reçu dans leur bâtiment ou voi« ture, mais encore de ce qui leur a été remis sur le port ou « dans l'entrepôt pour être placé dans leur bâtiment ou voi« ture ».

3° La preuve testimoniale est admise contre les voituriers, qui sont des dépositaires nécessaires, quel que soit l'intérêt engagé dans le procès (articles 1348-2°, et 1952 à 1954) [2].

708. Le Code civil n'énonce pas d'autres règles en ce qui

1. Voy. Thaller, *loc. cit.*, p. 605 et suiv., — Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, p. 1399 et suiv.,— Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e édition, II, p.509 et suiv.
2. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 644 et 645.

concerne les transports. C'est dans les règlements particuliers que se trouvent les dispositions applicables aux divers contrats de transport, à la responsabilité du voiturier, à ses rapports avec l'expéditeur et le destinataire[1].

III. Le contrat d'entreprise.

709. Le contrat d'entreprise — troisième variété notable du louage d'industrie — est signalé par l'article 1779-3°; Il est réglementé par les articles 1787 à 1799. Quelques dispositions importantes sont à relever.

Le contrat de louage de services a pour objet le travail, qui est rémunéré indépendamment de son résultat. Dans le contrat d'entreprise, l'objet du contrat est le produit du travail, c'est-à-dire l'œuvre. L'entrepreneur met au service d'autrui l'industrie dont il fait profession, et s'engage à exécuter un ouvrage déterminé.

L'importance de l'œuvre est indifférente. L'entrepreneur qui soumissionne le percement de l'isthme de Panama fait un contrat d'entreprise, ni plus ni moins que celui qui se charge de la tâche la plus insignifiante. Les proportions du travail sont sans influence sur le caractère juridique du contrat.

710. Quelles sont les règles spéciales à ce contrat?

En ce qui le concerne comme à propos des autres variétés du louage d'industrie, il faut renvoyer au droit commun pour tout ce qui n'est pas l'objet d'une réglementation particulière. Notamment il n'y a pas à revenir sur tout ce qui a trait aux conditions de validité et aux modes de preuve, pas plus que sur l'article 1794, dont nous avons parlé à propos du louage d'industrie en général et d'après lequel le maître est investi d'un droit absolu de résiliation[2].

Contentons-nous de fournir quelques indications sur les rapports de droit que le contrat d'entreprise établit entre les parties.

711. Ces rapports varient : 1° selon la forme que revêt le contrat d'entreprise, — 2° selon l'objet de l'obligation contractée par l'entrepreneur.

1. Voy. sur ces règlements particuliers Aubry et Rau, 4° édition, IV, p.525.
2. Voy. *suprà*, n° 701.

Premier point de vue.

712. Les rapports résultant du contrat d'entreprise varient selon la forme que revêt le contrat.

Il appartient aux parties d'arrêter les conditions du contrat d'entreprise ; les applications sont trop variées pour que la loi puisse poser des règles générales. Le Code se contente de prévoir deux combinaisons principales. Un marché peut être conclu : 1° à prix fait, — 2° sur devis. L'article 1779-3° prévoit les devis et marchés ; l'article 1711, plus général, vise les deux combinaisons. Nous retrouverons d'ailleurs ces expressions dans les articles 1787 et suivants, qui composent la section III.

713. Le mot « marché » est le terme générique. Il sert à désigner, d'une manière générale, le contrat intervenu entre le maître et l'entrepreneur, ou contrat d'entreprise.

714. Le marché est à prix fait quand la somme due à l'entrepreneur pour l'office qu'il s'engage à rendre est fixée à l'avance et à forfait. On l'appelle marché à forfait pour indiquer précisément que la somme due est invariable, quelles que soient les modifications qui puissent survenir ensuite dans le cours des matériaux et le prix de la main-d'œuvre ; ces modifications, risques ou bonnes chances, sont au compte de l'entrepreneur, et c'est pourquoi l'on donne quelquefois au marché à forfait le nom de « marché à tous risques ».

L'article 1793 fait application de cette forme de marché aux entreprises de construction. L'article 1799 généralise.

Il résulte de ces deux articles que l'entrepreneur, lié par le contrat, ne peut rien exiger d'autre que la somme fixe qui a été stipulée ; son bénéfice consiste dans les économies qu'il réalise au cours de l'exécution. L'article 1793 ajoute une règle qui va d'ailleurs de soi : « Lorsqu'un architecte ou « un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait « d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le « propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmen- « tation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la « main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de change- « ments ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces chan- « gements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit « et le prix convenu avec le propriétaire. »

Quant au maître, son droit est très précis en théorie ;

il peut exiger, pour la somme fixée, l'exécution du marché. Mais la détermination précise de son droit est souvent délicate en fait ; et, dans la pratique, on ne considère pas l'article 1793 comme fixant d'une manière rigoureuse la situation respective des parties. Il existe, en effet, une éventualité qui est toujours à craindre : la faillite de l'entrepreneur, qui arrête les travaux et contraint le propriétaire à modifier les conditions premières. Il est manifeste que l'entrepreneur aura toujours raison de celui pour qui il travaille, en lui disant : « Changeons les conditions du marché ou je fais « faillite, ce qui, laissant tout en suspens, vous causera un « préjudice certain. »

On n'évite cette éventualité, et on n'assure une application effective de l'article 1793 qu'au moyen du dépôt d'un cautionnement par l'entrepreneur [1]. Aussi cette pratique est-elle générale. Si l'entrepreneur n'achève pas les travaux, il perd son cautionnement.

715. Le marché est dit sur devis quand la dépense faite pour accomplir l'ouvrage promis est remboursée à l'entrepreneur sur états ou mémoires à fournir par lui après accomplissement de l'ouvrage. Le devis est le détail descriptif et estimatif des travaux à exécuter, matériaux et main-d'œuvre, détail dressé avant tout commencement d'exécution ; il est suivi du règlement après achèvement des travaux. Les honoraires sont soldés en sus, d'après le mode convenu ; ils consistent soit en une somme fixe, soit en un tant pour cent des sommes dépensées.

Dans les entreprises de peu d'importance, le devis est réglé verbalement ou par écrit, au gré des parties. Quand il s'agit d'intérêts plus considérables, et surtout lorsque, pour faire appel à la concurrence, l'entreprise est mise en adjudication, il est dressé un cahier des charges, qui devient, conjointement avec le devis, la loi de l'entrepreneur et du maître.

Second point de vue.

716. Les rapports résultant du contrat d'entreprise varient selon l'objet de l'obligation de l'entrepreneur.

L'article 1787 prévoit que le contrat d'entreprise peut être conclu de deux manières à cet égard.

1. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 61.

Tantôt l'entrepreneur fournit seulement son industrie, la personne pour le compte de laquelle l'œuvre est faite procurant les matériaux. C'est un architecte ou un entrepreneur, auquel on livre le terrain et les matériaux pour qu'il construise ; c'est un tailleur, auquel on fournit le drap d'un vêtement qu'il est chargé de confectionner.

Tantôt l'entrepreneur fournit en même temps son industrie et les matériaux. C'est un entrepreneur qui construit avec ses propres matériaux pour le compte d'autrui ; c'est un tailleur qui, selon l'usage habituel, procure, indépendamment de son travail, l'étoffe destinée à confectionner les vêtements qu'on lui commande.

717. Au premier cas, le contrat est un pur louage d'industrie (article 1711, *in fine*). De là les dispositions des articles 1789 et 1790, relatifs à la perte de la chose.

718. Au second cas, il y a doute sur la nature véritable du contrat intervenu [1]. Est-ce un louage ou une vente ?

Un point est certain. Aux termes de l'articles 1788, si « la « chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant « d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le « maître ne fût en demeure de recevoir la chose ». L'entrepreneur n'a donc droit à rémunération que contre livraison.

Mais que décider à tous autres égards ?

Dans le projet de Code élaboré par le Gouvernement, l'article 1787 contenait un deuxième et un troisième alinéas ainsi conçus : « Dans le premier cas c'est un pur louage. « Dans le second, c'est une vente d'une chose une fois faite. » Ces deux alinéas ont été supprimés à la demande du Tribunat, comme énonçant une idée de pure doctrine et comme n'ayant pas le caractère de dispositions législatives [2]. L'idée qu'ils exprimaient n'en reste pas moins acquise. Il y aurait donc, dans notre seconde hypothèse, vente d'une chose à faire ; et l'article 1788 s'explique aisément de la sorte, puisqu'on est en présence d'une vente à livrer [3].

1. Cpr. *suprà*, n° 700. — Voy. Pic, *loc. cit.*, p. 875, — Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 241 et 241 *bis* I, II, III, — Laurent, XXVI, n° 5, — Guillouard, *op. cit.*, n° 772, — Planiol, note dans D. P. 1887.I.89 ; — Cass. 20 mars 1872, D. P. 1872.I.140, — 22 juillet 1874, D. P. 1875.1.303, — 10 juillet 1888, Sir. 1888.I.430, — Orléans 7 juillet 1897, D. P. 1898.II.143.

2. Locré, XIV, p. 328 et 401.

3. Voy. Aubry et Rau, IV, p. 525, note 2.

Cependant la controverse demeure pendante.

Les uns [1], se fondant sur l'article 1787, voient dans le contrat qui nous occupe un pur louage d'ouvrage. Cette solution est difficile à concilier avec l'article 1711, qui réserve la qualification de louage aux seules entreprises dans lesquelles les matériaux sont fournis par le maître.

Les autres [2] soutiennent que la convention, bien qu'elle renferme en fait un élément du louage, n'est en droit qu'une vente. Mais alors, que fait-on de l'article 1787, qui qualifie de louage le contrat dans lequel l'entrepreneur fournit non seulement son travail, mais aussi la matière ?

Ces deux façons de voir pèchent l'une et l'autre par excès. Nous sommes en présence d'une convention à caractère mixte, complexe. C'est la vente d'une chose que l'entrepreneur s'est chargé de faire, la vente d'une chose une fois faite. D'où il faut conclure que, jusqu'au moment de la réception de l'ouvrage, les rapports des parties sont régis par les règles du louage, et voilà pourquoi les risques sont à la charge de l'entrepreneur, qui reste propriétaire jusqu'à ce moment; lorsque la livraison a été opérée, les règles de la vente deviennent applicables, et voilà pourquoi il y a lieu à garantie à raison de l'éviction et des vices cachés (article 1648) [3].

Cependant, même après la réception, il est un élément du louage qui persiste. Par là seulement peut s'expliquer la responsabilité imposée à l'entrepreneur, responsabilité qui est profondément distincte de la garantie due par le vendeur.

719. Dans les deux cas, la garantie à raison de malfaçons se couvre par la réception de l'ouvrage, à moins que les défauts ne soient de nature à ne pouvoir être discernés qu'ultérieurement. On admet en général que l'article 1648 est alors applicable par analogie, et que l'action doit être intentée dans un bref délai, suivant la formule employée par ce texte [4].

1. Duranton, XVII, n° 250, — Duvergier, II, n° 335.
2. Demante et Colmet de Santerre, VII, n°s 241 et 241 *bis* I, II, III, — Laurent, XXVI, n° 5, — Guillouard, 3° édition, II, p. 299, — Baudry-Lacantinerie et Wahl 2° édition, II, n° 2872, — Planiol, note dans D. P. 1897.1.89 ; — Rennes 24 janvier 1870, Sir. 1870.II.320, — Cass. 22 juillet 1874, D. P. 1875.I.303, Sir. 1875.I.403, — 31 octobre 1900, D. P. 1901.I.65.
3. Aubry et Rau, 4° édition, IV, p. 525 et suiv.
4. *Ibid.*, IV, p. 525, texte et note 2.

720. Telles sont les règles générales du contrat d'entreprise, envisagé d'abord quant à sa forme, puis quant à son objet.

721. Terminons sur ce sujet en notant deux particularités qui sont relatives non pas à tous les contrats d'entreprise, mais seulement à ceux qui ont pour objet des travaux de construction. Le contrat qui intervient entre le maître, propriétaire ou autre, et l'entrepreneur, architecte, maçon ou autre, présente alors les deux particularités suivantes.

Première particularité.

722. Elle concerne la garantie qui incombe à l'entrepreneur. L'article 1792 est ainsi conçu : « Si l'édifice construit à « prix fait périt en tout ou en partie par le vice de la cons- « truction, même par le vice du sol, les architecte et entre- « preneur en sont responsables pendant dix ans. »

Dès lors, lorsqu'un entrepreneur s'est chargé d'une construction, de l'exécution d'un ouvrage quelconque (édifice, route, barrage, pont, etc.), sa responsabilité est engagée pendant dix ans. Elle est engagée en ce sens que toute perte ou détérioration de la chose survenant dans le délai de dix ans est présumée provenir d'une faute par lui commise. La responsabilité existe sans que la personne qui prétend la faire valoir ait à prouver aucune faute de la part de l'entrepreneur, et à moins que celui-ci ne s'exonère en prouvant que la perte ou la détérioration provient d'un cas fortuit ou de force majeure [1].

723. Cette responsabilité est lourde ; la présomption de faute sur laquelle elle repose est grave pour l'entrepreneur. Responsabilité et présomption se rattachent, dans la pensée du législateur, à l'idée suivante.

1. Cass. 15 juin 1863, D. P. 1863.I.421, — 1er décembre 1868, D. P. 1872.I. 65, — 26 novembre 1873, D. P. 1875.I.20, — 24 novembre 1875, D. P. 1877. I.30, — 16 juillet 1889, D. P. 1890.I.488, — 14 novembre 1900, D. P. 1901. I.153 ; — Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 529, — Planiol, *Traité élémentaire*, 4e édition, II, n° 1915.

Certains auteurs enseignent que l'article 1792 ne crée pas de présomption de faute à l'encontre de l'architecte ou de l'entrepreneur, et que, par conséquent, il incombe au propriétaire d'établir l'existence de la faute ayant entraîné la perte de la construction : Laurent, *Principes*, XXVI, nos 23 et suiv., — Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 245 *bis*, — Guillouard, *Louage*, 3e édition, II, n° 839, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e édition, II, n° 2941.

Les travaux de construction — et l'article 1792 vise une particularité qui est propre aux entreprises de travaux de construction [1] — sont des travaux que ceux-là seuls doivent entreprendre qui ont les aptitudes nécessaires pour les exécuter d'une manière satisfaisante ; ce sont entreprises dont il ne faut se mêler que quand on connaît son métier. La présomption de faute établie par l'article 1792 est destinée à détourner les incapables.

724. Aussi l'article 1792 établit-il la présomption de faute des entrepreneurs d'une manière très large.

1° La responsablité de l'entrepreneur est engagée par tout vice de construction, même par le vice du sol ; elle le serait également par le vice des matériaux. C'est à l'entrepreneur à prendre garde [2].

2° La responsabilité de l'entrepreneur subsiste même quand il n'a fait qu'exécuter les ordres du propriétaire ou les plans fournis par celui-ci. Si les plans étaient défectueux, il devait prévenir le propriétaire, et au besoin s'abstenir [3]. L'entrepreneur, dit un arrêt de la Cour de Paris [4], « ne doit point accep« ter d'ordres incompatibles avec la bonne exécution de ses « ouvrages, à moins que ces ordres ne lui soient donnés par « écrit et avec décharge des risques d'avaries qui peuvent en « être la conséquence ».

3° La disposition de l'article 1792 est considérée comme une disposition d'intérêt public, à laquelle il n'est pas loisible aux parties de déroger par convention [5].

725. Toutefois, si largement que soit établie la responsabilité des entrepreneurs, il ne faut pas en exagérer la portée. Elle repose, nous l'avons dit, sur une présomption de faute et constitue, par conséquent, une dérogation au droit commun ; dès lors, elle ne doit pas être étendue en dehors des hypothèses formellement visées par l'article 1792.

1. *Suprà*, n° 721.
2. Cons. d'Etat 17 décembre 1886, D. P. 1888.III.27, — Cass. 6 février 1888, D. P. 1888.I.201, — Cons. d'Etat 19 mai 1899, D. P. 1900.III.93. — Cpr. Paris 17 novembre 1893, D. P. 1894.II.522.
3. Laurent, *Principes*, XXVI, n°s 51 et suiv., — Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 532, notes 27 et 28, — Guillouard, *Louage*, 3e édition, II, n° 875, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e édition, II, n° 2950, — Planiol, *Traité élémentaire*, 4e édition, II, n° 1916 ; — Cass. 19 mai 1851, D. P. 1851.I.138, — 23 octobre 1888, D. P. 1889.I.90, — 16 juillet 1889, D. P. 1890.I.488.
4. Paris 27 mars 1884, *La Loi* du 4 juin. — Cpr. Cass. 23 octobre 1888, D. P. 1889.I.90.
5. Troplong, *Louage*, n°s 995 et suiv., — Duvergier, II, n° 351.

En premier lieu, l'article 1792 — il est à peine besoin de le répéter[1] — ne concerne que les entreprises de construction[2].

En second lieu, il se place dans l'hypothèse d'un édifice construit à prix fait, ce qui exclut l'hypothèse du marché sur devis. La responsabilité qui nous occupe n'existe qu'en cas de marché à forfait[3].

726. Sur ce dernier point, des hésitations se sont longtemps produites.

D'une part, on n'aperçoit guère la raison d'être d'une pareille distinction entre les marchés à forfait et les marchés sur devis. Dans tous les cas il apparaît comme également nécessaire que l'entrepreneur possède les aptitudes nécessaires et connaisse son métier. Cette considération est sans réplique.

D'autre part, si l'article 1792 est conçu en termes restrictifs et paraît viser seulement les marchés à forfait, il est permis de se demander si la règle qu'il pose ne doit pas être entendue à la lumière d'un autre article du Code qui pose une règle toute voisine : l'article 2270. Cet article est ainsi conçu : « Après dix ans, l'architecte et les entrepreneurs sont déchar- « gés de la garantie des gros ouvrages qu'ils ont faits ou di- « rigés. » L'argumentation qu'on peut édifier sur ce texte est extrêmement simple. L'article 1792 établit une présomption de faute pendant un certain temps ; l'article 2270, sans revenir sur la présomption et s'occupant d'une manière exclusive des délais de prescription, dit que l'action en responsabilité contre les entrepreneurs se prescrit par dix ans ; les deux textes se complètent l'un l'autre et doivent, par conséquent, être complétés l'un par l'autre ; or si le premier est conçu en termes restrictifs, le second est conçu en termes très généraux ; d'où il résulte que la présomption de faute établie par le premier s'étend à toutes les hypothèses visées par le second[4].

Cette seconde considération n'a pas grande valeur. D'abord,

1. *Suprà*, nos 721 et 724.

2. Amiens 29 mai 1871, D. P. 1871.II.171, — Cass. 24 janvier 1876, D. P. 1876. I.262, — Angers 23 août 1877, D. P. 1878.II.45.

3. Cass. 12 novembre 1844, D. P. 1845.I.8, — 26 novembre 1873, D. P. 1875. I.20, — 24 novembre 1875, D. P. 1877.I.30.

4. *Sic* : Frémy-Ligneville et Perriquet, *Traité de la législation des bâtiments et constructions*, I, nos 159 et 160, — Huc, X, no 425.

à supposer que les articles 1792 et 2270 doivent être interprétés l'un par l'autre, il n'y a pas de raison pour décider que la présomption de faute établie par le premier s'étend à toutes les hypothèses visées par le second, plutôt que pour décider que la prescription établie par le second est applicable seulement à l'action en responsabilité dont parle le premier; la dernière façon de raisonner serait même plus satisfaisante *a priori* que la précédente. En second lieu, rien n'autorise à interpréter de la sorte les deux articles l'un par l'autre.

La jurisprudence, après beaucoup d'hésitations, s'est prononcée en ce sens. Le système qu'elle a consacré se résume dans les trois idées suivantes.

1° Chacun des articles 1792 et 2270 se suffit à lui-même. L'article 1792 établit une responsabilité spéciale à la charge de certains entrepreneurs, et les déclare soumis à cette responsabilité pendant dix ans. L'article 2270 limite à dix ans la durée de l'action en responsabilité contre les entrepreneurs en général, qu'il s'agisse de l'action en responsabilité du chef de l'article 1792 ou de toute autre[1].

2° La présomption de faute établie par l'article 1792 ne reçoit son application que dans l'hypothèse visée par le texte : celle de contructions élevées à forfait. La loi est formelle. D'ailleurs, si peu de raisons qui paraissent exister, au premier abord, pour traiter l'entrepreneur plus durement dans cette hypothèse que dans les autres, il n'est pas impossible, à la réflexion, d'en découvrir quelques-unes. Dans les marchés à forfait, l'entrepreneur est plus maître de son travail ; d'autre part, son bénéfice consistant alors dans les économies qu'il réalise, il est plus particulièrement porté à construire économiquement, ce dont on cherche à le détourner en mettant à sa charge une présomption de faute pendant dix ans[2].

3° Dans l'hypothèse où la présomption de faute établie par l'article 1792 ne reçoit pas son application, l'entrepreneur peut encore être déclaré responsable par les tribunaux. L'action en responsabilité n'est recevable que pendant dix ans, par application de l'article 2270. Le demandeur à cette ac-

1-2. Aubry et Rau, IV, p. 530, texte et note 18 ; — Cass. 12 novembre 1844, Sir. 1845.I.180, — 15 juin 1863, Sir. 1863.I.409, — 1er décembre 1868, D.P. 1872. I.65, — 26 novembre 1873, D. P. 1874.I.20, — 24 novembre 1875, D. P. 1877.I.30, — 29 mars 1893, D. P. 1893.I.289, — 24 mai 1894, D. P. 1894.I.451, — 14 novembre 1900, D. P.1901.I.153.

tion ne pourra obtenir d'indemnité qu'à la condition de prouver que l'entrepreneur a commis une faute ; la présomption de faute établie par l'article 1792 n'étant plus applicable, le droit commun de l'article 1382 reprend son empire [1], et, par conséquent, la charge de la preuve incombe au demandeur en dommages-intérêts [2].

Tel est le champ d'application respectif des articles 1792 et 2270.

727. Dans tous les cas, la durée de l'action en responsabilité est limitée à dix ans. Ce laps de temps a paru suffisant comme durée d'épreuve de la solidité des travaux.

728. Il importe de déterminer avec précision la durée de l'action en responsabilité.

Le point de départ du délai ne fait pas doute. Les dix ans courent à partir de la réception des travaux [3].

Mais quelles sont au juste les choses qui ne peuvent plus avoir lieu passé ce délai ? Si les dix ans s'écoulent sans qu'un sinistre se soit produit, l'entrepreneur n'a plus rien à redouter. Si l'édifice s'écroule avant l'expiration des dix années, le propriétaire peut agir en responsabilité. Pendant combien de temps son action est-elle recevable ?

D'après certains interprètes, l'action est recevable pendant ce qui reste à courir de la période décennale. Au bout de dix ans, dit-on, la responsabilité du constructeur est couverte. Le délai de la prescription de l'action se confond avec la durée de l'obligation en garantie. L'horloger qui vend une montre et la garantit cinq ans ne peut plus être inquiété au delà de cette période.

D'après d'autres, l'action peut être intentée pendant dix nouvelles années. Le droit d'agir peut naître pendant dix ans ; et l'action peut être intentée pendant dix ans à compter du moment où le droit de l'intenter a pris naissance.

D'autres enfin soutiennent que l'action est recevable pen-

1. Voy. *Les contrats et les obligations*, p. 775 et suiv.
2. En ce sens : Cass. 15 juin 1863, Sir. 1863.I.409, — 1er décembre 1868, D. P. 1872.I.65, Sir. 1869.I.97, — 29 mars 1893, D. P. 1893.I.289, — 24 mai 1894, D. P. 1894.I.451. — *Contrà* : Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 531, note 21, — p. 532, note 28.
3. Aubry et Rau, 4e édition, IV, § 374, p. 533, — Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 245 *bis* IV, — Planiol, *Traité élementaire*, 4e édition, II, n° 1913 ; — Paris 12 mai 1874, D. P. 1874.II.172, — Cons. d'État 19 mai 1893, D. P. 1893.III.52.

dant trente ans après l'accident. Sans doute, la responsabilité ne peut naître que pendant dix ans ; mais, une fois née, elle dure ce que durent les actions en général (article 2262). Les articles 1792 et 2270 fixent seulement les délais d'épreuve.

Ainsi, trois opinions sont en présence.

La doctrine s'est prononcée d'abord en faveur de la dernière. En limitant à dix années la responsabilité des architectes et entrepreneurs, les articles 1792 et 2270, a-t-on dit, n'ont pas fixé la durée de l'action à laquelle cette responsabilité donne naissance au profit du propriétaire, et aucun autre texte ne s'est expliqué à cet égard. L'action est donc recevable pendant trente ans à compter du jour où le vice de construction s'est manifesté, selon le droit commun de l'article 2262 [1].

La Cour de Paris a consacré la première opinion, autrement dit la thèse d'après laquelle il existe un délai unique de dix ans pour la naissance de l'action et pour son exercice [2]. Puis, sur le pourvoi formé contre un des arrêts de Paris, la Cour de cassation, par arrêt du 5 août 1879 [3], s'est prononcée en faveur du système de la doctrine. Enfin, la Cour d'Amiens, saisie sur renvoi, s'étant mise en opposition avec la Cour de cassation [4], la question fut portée devant les Chambres réunies. Celles-ci, par arrêt du 2 août 1882 [5], revinrent au système de la Cour de Paris : « De la combinaison des articles 1792 et « 2270, lit-on dans cette décision, il résulte que le législa- « teur a voulu comprendre dans un délai unique de dix « ans, à partir de la réception des travaux, la responsabi- « lité que l'article 1792 établit à la charge des architectes « et entrepreneurs, et l'action en garantie que cet article « accorde au propriétaire de l'édifice qui, dans ce délai, a « péri en tout ou en partie par le vice de la construction, « et même par le vice du sol, de telle sorte qu'après dix ans

1. Marcadé, sur l'article 1792, — Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 247 *bis*, — Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 533, texte et note 30, — Laurent, XXVI, n° 58, — Frémy-Ligneville et Perriquet, *op. cit.*, I, n° 153, — Sourdat, *Responsabilité*, I, n° 745 *ter*, — et les conclusions de M. l'avocat général Desjardins, dans D. P. 1880.I.17.

2. Paris 15 novembre 1836, D. P. 1838.II. 159, Sir. 1837.II. 257, — 17 février 1853, D. P.1853.II.133,Sir.1853.II.157,— 20 juin 1857, D. P.1858.II.89, Sir. 1858. II.49. — 12 mai 1877, D. P. 1880.I.18 (sous Cass. 5 août 1879),Sir.1877.II.195.

3. D. P. 1880.I.18, Sir. 1879.I.405.

4. Amiens 16 mars 1880, D. P. 1880.II.227, Sir. 1880.II.317.

5. D. P. 1883.I.5.

« l'architecte et l'entrepreneur sont déchargés de toute ga-« rantie, tant pour le passé que pour l'avenir[1]. »

Depuis l'arrêt des Chambres réunies de 1882, la doctrine se prononce généralement en faveur de cette opinion, que certains auteurs adoptaient déjà avant 1882[2].

Quelques auteurs seulement[3] restent fidèles à l'idée d'après laquelle l'action en responsabilité peut prendre naissance pendant les dix ans qui suivent la réception des travaux, et être exercée pendant les dix ans qui suivent le moment où elle a pris naissance.

Le débat paraît clos par l'arrêt de 1882. Les Chambres réunies ont appuyé leur décision sur l'histoire des développements du droit relatif à la matière, et sur les travaux préparatoires du Code civil, qui sont, en effet, très concluants. Donc, dix ans après la réception des travaux, l'entrepreneur est à l'abri de toute réclamation. Si le sinistre se produit au cours de ce délai, le maître ne peut plus agir que pendant le temps qui reste à courir de la période décennale ; et si, par hypothèse, l'accident survient le dernier jour de la dixième année, le propriétaire n'a qu'un jour pour intenter son action.

729. Ajoutons que la prescription de l'action en responsabilité est acquise au profit de l'entrepreneur par le seul fait de l'expiration du délai.

Elle n'est pas interrompue par la citation en référé, dans laquelle le maître, sans conclure au fond, sollicite simplement des mesures provisoires, par exemple la nomination d'un expert, en vue de faire valoir ultérieurement les droits pouvant résulter des constatations de celui-ci[4]. Une citation en référé n'est pas une citation en justice, au sens des articles 2244 et 2246 du Code civil[5].

1. Cpr. Bourges 14 mai 1884, D. P. 1884.II.216, Sir.1884.II. 159.

2. Voy. Labbé, note dans Sir. 1880.II.317 et 1883.I.5, — Massé et Vergé, IV, p. 413, — Perrin et Rendu, *Dictionnaire des constructions*, n° 1770, — Delsol, *Explication du Code civil*, III, p. 111, — Guillouard, *Louage*, 3e édition, II, p. 378 et suiv., — Clamageran, *Du louage d'industrie*, n° 273, — Planiol, *Traité élémentaire*, 4e édition, II, n° 1904.

3. Duvergier, *Louage*, II, n° 360, — Huc, X, n° 428, — et Testoud, *Durée de l'action en responsabilité du propriétaire contre les architectes et entrepreneurs*, dans la *Revue critique*, année 1880, p. 257.

4. Cass. 5 juin 1883, D. P. 1883.I.373, Sir. 1884.I.49 (note de M. Labbé).

5. Aubry et Rau, 5e édition, II, p. 505, note 3, — Guillouard, *Prescription*, 2e édition, I, n° 200, — Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, 3e édition,

Seconde particularité.

730. Elle concerne la situation des ouvriers employés dans les entreprises de construction.

Un entrepreneur se charge d'un ouvrage de construction. Puis il traite soit avec des sous-entrepreneurs, soit avec des ouvriers, pour les diverses parties de l'ouvrage.

L'article 1799 s'exprime ainsi : « Les maçons, charpentiers, « serruriers et autres ouvriers qui font directement des mar- « chés à prix fait, sont astreints aux règles prescrites dans « la présente section : ils sont entrepreneurs, dans la partie « qu'ils traitent. » Donc ils sont des sous-traitants. Comme tels, ont-ils une action directe contre celui pour le compte duquel les travaux ont été faits ?

L'article 1798 est ainsi conçu : « Les maçons, charpentiers « et autres ouvriers qui ont été employés à la construc- « tion d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entre- « prise, n'ont d'action contre celui pour lequel les ouvrages « ont été faits que jusqu'à concurrence de ce dont ils se trou- « vent débiteurs envers l'entrepreneur, au moment où leur « action est intentée. »

Le texte dit bien qu'ils ont une action ; même il indique dans quelle mesure ils ont une action. Mais quelle est la nature de cette action ? Est-ce une action directe, exercée par le sous-traitant *proprio nomine* et *jure proprio*, le maître étant regardé comme débiteur du sous-traitant ? Ou bien est-ce une action indirecte, exercée par le sous-traitant *nomine debitoris* et *jure debitoris*, en vertu de l'article 1166 ?

L'intérêt de la question est double.

1° Elle présente un intérêt de forme. Les sous-traitants, s'ils jouissent d'une action directe, n'ont besoin ni de se faire subroger, ni de recourir à la saisie-arrêt ; l'action est un droit qui leur est propre.

2° Elle présente un intérêt de fond. En cas de faillite de l'entrepreneur, les sous-traitants doivent-ils partager ce qui leur advient avec les autres créanciers de l'entrepreneur ? Oui, s'ils agissent en vertu de l'article 1166, puisque l'arti-

n° 494, — Planiol, *Traité élémentaire*, 4e édition, I, n° 2689 ; — Paris 12 mai 1877, D. P. 1880.I.17, — Amiens 16 mars 1880, D. P. 1880.II.227, — Cass. 5 juin 1883, D. P. 1883.I.373, — Paris 23 janvier 1890, Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° *Prescription civile*, n° 346, — 18 juillet 1903, D. P. 1904.I.392.

cle 2093 impose cette obligation. Non, s'ils agissent directement ; car ils sont, dans ce cas, créanciers du constructeur, non de l'entrepreneur.

Il faut répondre que les sous-entrepreneurs agissent comme créanciers immédiats du propriétaire. Par conséquent, ils ne concourent qu'avec les créanciers de ce dernier et non avec ceux de l'entrepreneur. Vis-à-vis des créanciers de l'entrepreneur, ils jouissent d'une véritable situation privilégiée ; l'action directe équivaut à un privilège à leur encontre.

Sans doute l'article 1798 ne dit expressément rien de pareil. Mais cet article n'aurait aucun sens s'il n'avait pas pour objet de concéder aux sous-traitants une action directe contre le maître, puisque l'article 1166 suffit à leur procurer l'action indirecte ; or, à moins de raison majeure, il faut considérer un texte comme ayant une portée.

C'est encore un point sur lequel la jurisprudence a longtemps oscillé. Elle a d'abord incliné vers le système de l'action directe ; puis elle l'a contesté, pour finir par le consacrer de nouveau [1]. A l'heure présente, la question ne se discute plus.

731. Indépendamment de cette question capitale, beaucoup d'autres difficultés ont surgi sur l'article 1798. Elles sont chaque jour portées devant les tribunaux, car rien n'est plus pratique que le contrat d'entreprise. Et nous ne pouvons nous dispenser de signaler en passant les trois principes.

Première question. — A qui est accordé le bénéfice de l'article 1798 ? — Edicté pour protéger le travail manuel, l'article 1798 n'est applicable qu'aux ouvriers réclamant le prix de leur main d'œuvre [2] ; il leur permet d'agir contre le propriétaire avec lequel ils n'ont pas contracté, sans s'adresser à l'entrepreneur qui les a employés. Il ne s'étend

1. Voy. *Les sûretés personnelles et réelles*, tome I, p. 200 et 201. — Cpr. Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 536, texte et note 42, — Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 251 *bis*, — Guillouard, *Louage*, 3e édition, II, p. 408, — Laurent, XXVI, nos 76 et suiv., — Perrin et Rendu, *Dictionnaire des constructions*, n° 1812, — Frémy-Ligneville et Perriquet, *Législation des bâtiments*, I, nos 220 et suiv.,— Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e édition, II, n° 3029,— Planiol, 4e édition, II, nos 1921 et 1922 ; — Montpellier 22 août 1850, D. P. 1854. II.103, — Besançon 16 juin 1863, D. P. 1863.II.103, — Paris 12 avril 1866, D. P. 1866.V.295, Sir. 1866.II.252,— trib. de la Seine 27 juillet 1867, D. P. 1867. II.167, Sir. 1868.II.280.

2. Aubry et Rau, IV, p. 536, — Guillouard, II, n° 901.

pas aux fournisseurs de matériaux [1], à moins que les fournitures ne soient un accessoire de la main d'œuvre [2], ce qui se produit par exemple quand elles sont faites par un maître ouvrier ayant des tâcherons. Il ne s'applique pas davantage aux entrepreneurs qui spéculent sur la main d'œuvre [3], pas plus qu'aux employés et commis de l'entrepreneur [4]. En un mot, l'application de l'article 1798 se limite aux sous-traitants dont la créance a pour cause la main d'œuvre proprement dite [5].

Deuxième question. — Quels sont, en ce qui concerne le droit des ouvriers tel que le définit l'article 1798, les effets de la cession que l'entrepreneur aurait faite de sa créance? — On décide généralement que la cession met obstacle à l'action des ouvriers, qui ne peut plus s'exercer que sur la partie de la créance non encore cédée par l'entrepreneur [6]. Sauf aux ouvriers, bien entendu, à faire tomber cette cession par la voie de l'action paulienne (article 1167).

Troisième question. — Quels sont, en ce qui concerne cette action, les effets de la saisie-arrêt qui aurait été pratiquée

1. Bordeaux 30 novembre 1858, D. P. 1860.II.32, Sir. 1859.II.317, — Besançon 16 juin 1863, Sir. 1863.I.57, — Poitiers 4 mai 1863, D. P. 1863.II.103, Sir. 1863.II.61, — 9 juillet 1863, D. P. 1863.II.151, Sir. 1863.II.259.

2. Montpellier 22 août 1850 et 24 décembre 1852, D. P. 1854.II.103, Sir. 1853. II.686, — Nancy 21 février 1861, Sir. 1861.II.218, — Bordeaux 8 juillet 1862. Sir. 1863.II.13.

3. Aubry et Rau, IV, p. 537, — Laurent, XXVI, n° 77 ; — Cass. 12 février 1866, D. P. 1866.I.57, Sir. 1866.I.94, — Paris 27 juillet 1867, D. P. 1867.II.167, Sir. 1868.II.280, — 22 août 1867, Sir. 1868.II.175, — Cass. 11 novembre 1867, D. P. 1867.I.44, Sir. 1867.I.429, — 14 juillet 1868, D. P. 1871.V.251, Sir. 1868.I. 399, — Dijon 3 décembre 1868, Sir. 1869.II.52, — Grenoble 24 décembre 1868, Sir. 1869.II.78, — Lyon 18 décembre 1878, D. P. 1879.II.113, Sir. 1881. II.59.

4. Frémy-Ligneville et Perriquet, *loc. cit.*, n° 224 ; — Besançon 16 juin 1863, D. P. 1863.I.103, Sir. 1863.II.206.

5. L'article 1798 ne fait, d'ailleurs, aucune distinction entre l'ouvrier qui ne donne que son travail personnel, et celui qui, prenant part au travail, se fait aider par d'autres ouvriers sous ses ordres: Cass. 12 février 1866, D. P. 1866.I.57, Sir. 1866.I.94, — Paris 27 juillet 1867 (motifs), D. P. 1867.II.167, Sir. 1868.II.280, — Dijon 3 décembre 1868, Sir. 1869.II.52, — Grenoble 24 décembre 1868, Sir. 1869.II.78.

6. En ce sens : Aubry et Rau, IV, p. 536, — Guillouard, *Louage*, 3e édition, II, n° 906, — Paris 17 août 1863, D. P. 1863.II.150, Sir. 1863.II.258, — 14 décembre 1865, D. P. 1866.II.22, — Grenoble 7 février 1868, D. P. 1869.II.103, — Limoges 30 avril 1875, Sir. 1875.II.264. — *Contrà* : Frémy-Ligneville et Perriquet, *loc. cit.*, I, n° 226, — Clamageran, *loc. cit.*, n° 283, — Montpellier 24 décembre 1852, D. P. 1854.II.103, — trib. de la Seine 21 avril 1853, Sir. 1853.II.647, — Besançon 16 juin 1863 (motifs), D. P. 1863.II.103, Sir. 1863.II.206.

par un autre créancier de l'entrepreneur ? — D'après la jurisprudence, si la saisie est validée, les créanciers ont un droit acquis, contre lequel l'action des ouvriers, dérivant de l'article 1798, est impuissante [1].

Quatrième question. — Les ouvriers qui ont été engagés par les sous-traitants ont-ils action contre l'entrepreneur ? — Le développement des grands travaux a multiplié les rouages. Il y a d'abord le constructeur ou propriétaire qui fait construire, puis l'entrepreneur, enfin les ouvriers. Entre l'entrepreneur et les ouvriers apparaît le sous-traitant, avec lequel contractent les ouvriers. Les ouvriers du sous-traitant sont dépourvus d'action directe contre l'entrepreneur [2].

1. En ce sens : Poitiers 9 juillet 1863 (motifs), D. P. 1863.II.151, Sir. 1863. II.259, — Paris 12 avril 1866, D. P. 1866.V.291, Sir. 1866.II.252. — *Contrà* : Laurent, XXVI, n° 80,— Frémy-Ligneville et Perriquet, I, n° 226, — Bordeaux 8 juillet 1862, Sir. 1863.II.13, — Rouen 30 avril 1863, Sir. 1865.II.13.

2. Laurent, XXVI, n° 82, — Frémy-Ligneville et Perriquet, I, n° 231 ; — Cass. 27 avril 1863, D. P. 1863.I.187, Sir. 1863.I.299. — Il en serait autrement et l'entrepreneur serait personnellement responsable envers les ouvriers du sous-traitant, si le cahier des charges contenait une clause en ce sens, ou interdisait à l'entrepreneur de sous-traiter son marché : Cass. 7 février 1866, D. P. 1866.I.83, Sir. 1866.I.220, — 2 janvier 1867, D. P. 1867.I.108, Sir. 1867. I.79, — 28 janvier 1868, D. P. 1868.I.108, Sir. 1868. I.216, — 5 mars 1872, Sir. 1873.I.136, — Rouen 24 mars 1872, Sir. 1873.II.137.

CHAPITRE III

LE BAIL A CHEPTEL

732. Le dernier chapitre du titre *Du louage* est consacré au bail à cheptel (articles 1800 à 1831). Et la définition de ce bail est donnée par l'article 1800 : « Le bail à cheptel est un « contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre un fonds « de bétail pour le garder, le nourrir et le soigner, sous les « conditions convenues entre elles. »

Dans les pays de riche culture, les fermiers sont propriétaires du troupeau ; propriétaires du sol et fermiers s'en trouvent bien. Dans les pays pauvres, les fermiers, faute de ressources personnelles, prennent à bail en tout ou en partie le bétail nécessaire à l'exploitation ; de là le bail à cheptel.

Celui qui donne à bail s'appelle indifféremment propriétaire ou bailleur (articles 1808 et 1821). Celui qui prend à bail s'appelle légalement preneur (articles 1805 et 1808) ; on le nomme plus fréquemment cheptelier.

733. Les articles 1800 et suivants règlent les droits et obligations qui résultent de ce louage.

En principe, le Code s'en remet aux parties du soin de déterminer les effets de la convention dans le contrat lui-même (articles 1800 et 1803). Il ne s'occupe du cheptel qu'à défaut de conventions conclues par les parties.

Soit dit en passant, cela diminue singulièrement la portée des critiques extrêmement vives que les agriculteurs et les économistes dirigent contre ce qu'ils appellent le système du Code en matière de cheptel[1]. Ils accusent le législateur de 1804 d'avoir éloigné les capitaux du cheptel, et d'avoir appauvri, par là, l'agriculture. Sans vouloir défendre le système du Code, on peut faire au moins une réponse. Il est avéré qu'il n'existe pas de condition plus misérable que celle des chepteliers. Est-ce le résultat de leur situation personnelle

1. Voy. Cauwès, *Cours d'économie politique*, 3e édition, I, n° 313.

ou la faute des règles relatives au cheptel ? Si c'est le résultat de leur situation, il ne faut pas s'en prendre à la loi. Si c'est la faute des dispositions légales, pourquoi les intéressés ne règlent-ils pas les choses à leur gré ? Le bail à cheptel est un contrat dont les conditions possibles varient selon les localités. Le mieux n'est-il pas de laisser la réglementation à la liberté de chacun ?

Le Code, d'ailleurs, n'a introduit aucune innovation en cette matière ; il n'a pas créé de système, et s'est borné à consacrer quelques usages qu'il a trouvés en vigueur au début du XIX[e] siècle. Ceux qui lui reprochent de n'avoir pas inventé un système meilleur sont, au surplus, d'accord que l'invention présentait les plus graves difficultés. La difficulté est toujours grande quand il faut attirer les capitaux là où ils ne trouvent qu'une maigre rémunération en échange de risques considérables.

Quoi qu'il en soit, le principe est donc, en cette matière comme dans la matière des conventions en général, la liberté des contractants.

Toutefois, ce principe comporte quelques restrictions, fondées sur ce motif que les chepteliers sont en général des gens pauvres, ignorants, qu'il ne faut pas complètement abandonner à la discrétion des bailleurs [1].

734. Toutes les dispositions que contient le chapitre *Du bail à cheptel* ont trait à deux points.

D'abord à la question des risques. Le troupeau livré à titre de cheptel périt en tout ou en partie. Pour qui est la perte ?

Ensuite à la question des profits. A qui appartiennent le croît, la laine, les produits divers, le travail, et puis cette chose inestimable en agriculture qu'on appelle le fumier ?

Ces questions sont résolues différemment selon les cas. Le Code prévoit diverses combinaisons, qu'il a empruntées à la pratique plutôt qu'il ne les a créées. Elles sont au nombre de cinq.

Première combinaison.

735. On lui donne le nom de cheptel simple. Elle fait l'objet de la section II, au chapitre *Du bail à cheptel* (articles 1804 à 1817).

L'article 1804 suppose que tout le bétail est fourni au preneur. Le plus souvent, c'est le propriétaire et bailleur de la

1. Voy. *infrà*, n°° 735 et 737.

terre qui le lui procure, afin de faciliter l'exploitation. Mais le bétail peut être procuré également par un tiers ; dans ce cas, l'article 1813 prescrit de notifier le cheptel au propriétaire bailleur de la terre, afin d'éviter l'application de l'article 2102-1°.

Plaçons-nous dans l'hypothèse habituelle : celle du cheptel fourni par le propriétaire.

Dans cette combinaison, il existe une sorte de société entre le bailleur, qui reste propriétaire du troupeau, et le cheptelier qui donne ses soins au troupeau. Les deux associés partagent le produit et les pertes.

Le cheptelier garde, nourrit et soigne le troupeau. En échange de ses soins, il profite du laitage, du fumier et du travail. Le croît et la laine, qui sont choses d'exploitation normale, se partagent ; le bailleur et le cheptelier en sont copropriétaires.

La perte, s'il y en a une, qu'elle résulte soit de la diminution de valeur du cheptel, soit de la perte matérielle du bétail, devrait être à la charge de la société et supportée en commun par le bailleur et par le cheptelier. Mais l'article 1818 fait une distinction. Si la perte est partielle, elle « est supportée « en commun, dit l'article 1810 alinéa 2, d'après le prix de « l'estimation originaire, et celui de l'estimation à l'expira- « tion du cheptel ». Si la perte est totale, l'article 1810 alinéa 1 la met à la charge du bailleur.

L'article 1815 fixe la durée de la convention. Elle est censée faite pour trois ans, sauf tacite reconduction pour trois autres années.

L'article 1811 prohibe certaines clauses qui seraient trop onéreuses pour le cheptelier.

L'article 1812 interdit au preneur et au bailleur de disposer d'aucune bête du troupeau sans le consentement mutuel des deux parties.

Ce texte fait naître deux questions.

1° Celle des deux parties qui veut vendre peut-elle, si l'autre s'y refuse, obtenir la permission de justice ? — Etant donné les termes absolus de l'article 1812, il semble que la réponse doive être négative [1]. Toutefois, la pratique est en sens contraire [2].

1. *Sic*, Laurent, *Principes*, XXVI, n° 101.
2. Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 539, — Guillouard, *Louage*, 3e édition,

2° Les créanciers peuvent-ils saisir le cheptel ? — On ne voit pas pourquoi ce droit serait refusé aux créanciers du bailleur, puisqu'il est propriétaire ; nulle part il n'est dit que le louage de meubles puisse être opposé aux tiers [1]. Quant aux créanciers du preneur, ils ne peuvent saisir le fonds du cheptel, mais seulement le croît, sauf aux parties à procéder à un partage sur ce point [2].

Deuxième combinaison.

736. C'est le cheptel donné au colon partiaire (articles 1827 à 1830).

Ce cheptel est un cheptel simple, et il suit toutes les règles du cheptel simple (article 1830). On ne voit même pas pourquoi le Code le présente comme une combinaison spéciale. Il n'a de particulier que quelques clauses d'usage, qui sont prévues par l'article 1828.

Troisième combinaison.

737. On l'appelle cheptel à moitié. Il fait l'objet des articles 1818 à 1820, formant la section III de notre chapitre *Du bail à cheptel.*

Chacun des contractants fournit la moitié des bestiaux (article 1818) ; et de là vient le nom que porte cette variété de cheptel. Toutefois, il n'est pas de l'essence du contrat que l'apport soit de moitié ; les parts peuvent être inégales, ce qui entraîne des proportions variables dans les bénéfices et dans les pertes.

Dans le cheptel à moitié, les éléments d'une véritable société sont plus complets que dans les combinaisons précédentes. Le cheptelier, qui garde, nourrit et soigne le troupeau entier, prélève le laitage, le fumier, et profite du travail ; mais tout le reste, bénéfices et pertes, est supporté en commun, sans distinction entre la perte totale et la perte partielle (article 1819 alinéas 1 et 2).

Il est clair que le cheptelier a, dans cette combinaison,

II, n° 927, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e édition, II, n° 3218, — Marcadé, article 1812, n° 3.

1. Mais l'adjudicataire sur saisie doit entretenir le bail : Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 540, — Demante et Colmet de Santerre, VI, n° 266 *bis* VI, — Duvergier, n° 416.

2. Guillouard, *Louage*, 3e édition, II, n° 924, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e édition, II, n° 3223, — Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 541.

plus de risques et moins d'avantages que dans le cheptel simple : plus de risques, puisque la perte, même totale, est à sa charge, — moins d'avantages, puisqu'il est propriétaire de la moitié, ce qui suppose un capital engagé, et qu'il n'a cependant que la moitié de la laine et du croît. Aussi cette combinaison est-elle peu usitée. Quand les parties y ont recours, les conventions particulières modifient généralement les règles posées par la loi. Mais il faut noter que l'article 1819 alinéa 3 prohibe toute clause élargissant le droit du bailleur au delà de ce qui est fixé par les deux premiers alinéas de cet article.

Quatrième combinaison.

738. C'est le cheptel de fer, dont s'occupent les articles 1821 à 1826.

On n'est pas d'accord sur l'origine de cette dénomination. Les uns[1] disent qu'elle vient de ce que le bétail qui est l'objet du cheptel est attaché à la ferme, dans cette combinaison, d'une façon indissoluble et définitive, comme par une chaîne. Les autres[2] prétendent que le cheptel est dit « de fer », dans cette combinaison, parce qu'elle est particulièrement dure pour le cheptelier.

Quoi qu'il en soit, la combinaison est la suivante. Le cheptel appartient au propriétaire de la ferme. Il pourrait le livrer en cheptel simple. Au lieu de cela, il le livre au fermier comme partie intégrante de la ferme, comme immeuble par destination ; la ferme est donnée à bail toute montée, et pour un prix calculé en conséquence ; elle est livrée au fermier sous la condition que le preneur laissera, à l'expiration du bail, des bestiaux d'une valeur égale au prix d'estimation de ceux qu'il a reçus (article 1821).

Le cheptelier retire tout le profit du troupeau comme s'il était sien ; il peut même en disposer à son gré, pourvu qu'il le fasse sans fraude. Mais tous les risques sont à sa charge ; il supporte, par conséquent, la perte, même totale, quand même elle aurait été causée par un cas fortuit (articles 1822 et 1825). Il s'est, dès le début, constitué débiteur d'une chose de genre.

Or il peut arriver que le troupeau périsse par maladie, ou

1. Fenet, XIV, p. 347, — Merlin, *Répertoire*, v° *Cheptel*, § 3.
2. Laurent, *Principes*, XXVI, 116, — Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 541.

par tout autre événement impossible à conjurer. Un pareil contrat est une ruine pour le fermier.

Cinquième combinaison.

739. Le Code s'en occupe dans la section V de notre chapitre *Du bail à cheptel*, section qui se compose de l'unique article 1831. La rubrique de la section donne à cette combinaison la dénomination suivante : *Contrat improprement appelé cheptel.* Ce n'est pas autre chose qu'un louage de bêtes isolées, considérées comme corps certains : « Lorsqu'une ou « plusieurs vaches, dit le texte, sont données pour les loger « et les nourrir, le bailleur en conserve la propriété : il a « seulement le profit des veaux qui en naissent. »

Il ne s'agit pas là d'un véritable cheptel. Le caractère distinctif du bail à cheptel est d'avoir pour objet un « fonds de « bétail », suivant l'expression de l'article 1800 ; or nous ne trouvons ici rien de semblable. Aussi, cette combinaison ne peut-elle jamais être qu'un détail dans une exploitation agricole. Le plus souvent, elle représente un léger avantage qu'un propriétaire accorde à un petit locataire. Le cheptelier bénéficie de tous les produits, le propriétaire profite du croît.

740. Arrêtons là ces développements. Ce que nous pourrions dire sur les diverses variétés du louage à cheptel relève plutôt du genre descriptif que du genre doctrinal. Et c'est précisément ce qui distingue les textes de principe des textes de réglementation. Il est indispensable d'insister sur les premiers ; on peut impunément glisser sur les seconds : non pas qu'ils soient inutiles à connaître, mais parce qu'ils s'adressent à la mémoire plus qu'à l'intelligence.

NOTE COMPLÉMENTAIRE

Diverses parties du présent volume étaient déjà imprimées lorsqu'ont été promulguées des lois nouvelles dont il est indispensable de signaler l'existence. Nous allons les indiquer, en les rattachant aux numéros de l'ouvrage auxquels elles se rapportent.

I. *Numéro* 94.

En même temps que certains textes proscrivent la vente d'animaux atteints de maladies contagieuses ou soupçonnés d'en être atteints, il existe de nombreux textes édictant des peines contre les auteurs de fraudes et délits dans les ventes de marchandises et contre les falsificateurs de denrées alimentaires. Citons à titre d'exemples : 1° les lois des 16 avril 1897 et 23 juillet 1907, sur la répression des fraudes dans le commerce du beurre et la fabrication de la margarine, — 2° la loi du 1er août 1905, sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises et sur les falsifications des denrées alimentaires et des produits agricoles, — 3° la loi du 29 juin 1907, tendant à prévenir le mouillage des vins et les abus du sucrage, — 4° la loi du 8 juillet 1907, concernant la vente des engrais, — 5° la loi du 15 juillet 1907, concernant le mouillage, la circulation des vins et le régime des spiritueux.

II. *Numéro* 134.

La loi du 8 juillet 1907, concernant la vente des engrais, a introduit une innovation remarquable en ce qui concerne la lésion.

Antérieurement à la loi de 1907, la lésion n'était considérée comme une cause d'invalidité de la vente qu'autant qu'il s'agissait d'une vente d'immeuble ; elle ne pouvait être invoquée comme cause d'invalidité que par le vendeur ; enfin elle constituait une cause de rescision, autrement dit d'annulation de la vente. Par dérogation à ces principes traditionnels, la loi de 1907 permet à l'acheteur d'exciper

d'une lésion par lui éprouvée dans une vente mobilière, et d'en exciper à une autre fin que d'obtenir l'annulation de la vente. De sorte que la loi de 1907 introduit dans notre droit une conception entièrement inédite de la lésion.

Elle a pour but de protéger le cultivateur [1].

Elle le protège, aux termes de l'article 1, dans le cas de « lésion de sa part de plus d'un quart dans l'achat des en« grais ou amendements qui font l'objet de la loi du 4 fé« vrier 1888 et des substances destinées à l'alimentation « des animaux de la ferme ».

Pour protéger le cultivateur, l'article 1 met à sa disposition deux actions : 1° une action en réduction de prix, — 2° une action en dommages-intérêts.

L'action en réduction de prix peut être intentée par l'acheteur au cas de lésion de plus d'un quart. Des déclarations formelles qui ont été faites à la Chambre et au Sénat par les divers rapporteurs et par le Ministre de l'agriculture il résulte que la lésion consiste ici dans « l'exagération supé« rieure à un quart non pas du prix strict, de la valeur intrin« sèque, mais de la valeur commerciale, c'est-à-dire de la « valeur établie en tenant compte des frais divers et du béné« fice légitime du commerçant » [2].

Quant à l'action en dommages-intérêts, il semble bien qu'elle ne soit pas autre chose que l'action appartenant à toute victime d'un délit ou d'un quasi-délit, par application du droit commun des articles 1382 et suivants [3].

Les conditions d'exercice de ces deux actions sont les suivantes. D'abord, elles doivent être intentées, à peine de déchéance, dans un délai de quarante jours à compter de la livraison ; et elles demeurent recevables malgré l'emploi, partiel ou même total, des matières livrées (article 2). En second lieu, elles doivent être portées devant le juge de paix

1. Voy. l'exposé des motifs de la proposition de loi de MM. Gellé et Coache, *Journal officiel*, *Documents parlementaires de la Chambre*, 1903, p. 465, — et le discours de M. Coache à la Chambre, *Journal officiel*, *Débats parlementaires*, 1906, p. 838.

2. Déclaration de M. Martin, rapporteur à la Chambre des députés, séance du 19 février 1906, *Journal officiel*, *Débats parlementaires*, 1906, p. 838, — rapport de M. Monfeuillart au Sénat, *Journal officiel*, *Documents parlementaires*, 1907, session extraordinaire, p. 114. — Cpr. la séance du Sénat du 13 juin 1907, *Journal officiel*, *Débats parlementaires*, 1907, session ordinaire, p. 754.

3. Voy. la séance du Sénat du 13 juin 1907, *loc. cit.*

du domicile de l'acheteur, quel que soit le chiffre de la demande ; et toute clause contraire serait nulle (article 3).

III. *Numéro* 455.

Afin de protéger le commerce sédentaire, la loi du 30 décembre 1906 a complété la loi du 25 juin 1841. Elle prohibe la vente de marchandises neuves « sous la forme de soldes, « liquidations, ventes forcées ou déballages, sans une auto- « risation spéciale du maire de la ville où la vente doit avoir « lieu ». Diverses mesures, dans le détail desquelles nous ne pouvons entrer, sont prises par la loi pour que la durée de la vente soit limitée, la provenance des marchandises justifiée, et leur réassortiment empêché.

TABLE DES MATIÈRES

Imp. J. Thevenot. Saint-Dizier (Hte-Marne).

